

Kvantitative importrestriksjoner

- en sammenlikning av Keck-doktrinen og adekvansprinsippet

Kandidatnr: 364

Veileder: Henrik Bull

Leveringsfrist: 25. april

Til sammen 15.218 ord

25.04.2005

V-05

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PRESENTASJON AV PROBLEMSTILLING	1
1.2	FORHOLDET MELLOM REGLENE INNENFOR EU OG EØS.....	3
<u>2</u>	<u>UTGANGSPUNKT</u>	<u>8</u>
2.1	FRITT VAREBYTTE ETTER EF ART. 23-30	8
2.2	FORBUD MOT KVANTITATIVE IMPORTRESTRIKSJONER ETTER EF ART. 28.....	8
2.3	HISTORISK BAKGRUNN FOR TOLKNING AV UTTRYKKET ”TILTAK MED TILSVARENDE VIRKNING SOM EN KVANTITATIV IMPORTRESTRIKSJON”	9
2.3.1	TOLKNING AV UTTRYKKET FORUT FOR DASSONVILLE-AVGJØRELSEN.	9
2.3.2	AVGJØRELSENE I SAKENE DASSONVILLE OG CASSIS DE DIJON	10
2.3.3	SKIFTENDE RETTSPRAKSIS I TIDEN MELLOM DASSONVILLE-/CASSIS DE DIJON- OG KECK-AVGJØRELSENE.....	13
2.4	FØLGER AV UTVIKLINGEN	20
<u>3</u>	<u>KECK-AVGJØRELSEN</u>	<u>22</u>
3.1	HVA INSPIRERTE KECK-AVGJØRELSEN?.....	22
3.2	PRESENTASJON AV KECK-AVGJØRELSEN.....	23
3.3	SENERE ANVENDELSE AV KECK-DOKTRINEN.....	25
3.4	VURDERING AV KECK-AVGJØRELSEN	28
3.5	ANVENDELSE AV KECK-DOKTRINEN UTENFOR VAREOMRÅDET?.....	32
<u>4</u>	<u>ADEKVANSLÆREN.....</u>	<u>37</u>
4.1	PRESENTASJON AV ADEKVANSLÆREN	37
4.2	VURDERING AV ADEKVANSLÆREN.....	41
4.3	BRUK AV ADEKVANSLÆREN UTENFOR VAREOMRÅDET	42
<u>5</u>	<u>SAMMENLIKNING AV DE TO PRINSIPPENE.....</u>	<u>45</u>

<u>6</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>50</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>51</u>
<u>8</u>	<u>DOMSREGISTER.....</u>	<u>52</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstilling

I henhold til EØS-avtalens (heretter kalt EØS) art. 11 og EF-traktatens (heretter kalt EF) art. 28, samt den såkalte Dassonville-avgjørelsen¹, vil ethvert tiltak som direkte, indirekte, hypotetisk eller potensielt hindrer samhandelen utgjøre en handelshindring². Denne vide definisjonen av uttrykket handelshindring innebærer at også opprinnelsesnøytrale ordninger kan være omfattet. Med opprinnelsesnøytrale ordninger menes her ordninger som verken rettslig eller faktisk skiller mellom innenlandske og utenlandske produkter. Et eksempel på en avgjørelse der en opprinnelsesnøytral ordning ble ansett for å utgjøre en handelshindring finner vi i Cassis de Dijon-avgjørelsen³. Domstolen fant der at en tysk regel om at likører måtte inneholde en viss proSENTSATS alkohol utgjorde et tiltak med tilsvarende virkning etter art. 28. Regelen skilte verken rettslig eller faktisk mellom innenlandske og utenlandske produkter, men Domstolen fant altså likevel at den var i strid med art. 28.

En regulering som faller innenfor definisjonen av uttrykket handelshindring kan likevel være tillatt dersom nærmere angitte vilkår er oppfylt. Allerede før avgjørelsen i Dassonville inneholdt EF-traktaten regler om allmenne hensyn i art. 36 (ny art. 30). Regler som utgjør importrestriksjoner kan være tillatte dersom de kan begrunnes i lovfestede allmenne hensyn som vi finner i EF art. 30 eller EØS art. 13. Typiske eksempler på slike hensyn er hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet. For at ordningen skal være tillatt, må den dessuten oppfylle det EU og EØS-rettslige krav til proporsjonalitet. Dette gjelder både de allmenne hensynene som er nevnt i art. 30/ art. 13 og andre godtakbare hensyn.

Etter Dassonville-avgjørelsen hadde EF-domstolen behov for ytterligere å innskrenke uttrykket handelshindring. I Cassis de Dijon-avgjørelsen ble det slått fast at regler som

¹ Sak C-8/74

² I oppgaven vil uttrykkene handelshindring og importrestriksjon bli brukt om hverandre.

³ Sak C-120/78

er opprinnelsesnøytrale kunne begrunnes i ulovfestede allmenne hensyn som er oppstilt i rettspraksis. I den sistnevnte avgjørelsen var det forbrukerhensynet som ble fastslått som et ulovfestet allment hensyn.

Ettersom uttrykket handelshindring etter Dassonville-avgjørelsen ble sterkt utvidet, og EF-domstolen ikke ønsket å ramme enhver regulering av næringslivet, var det nødvendig for den å begrunne alle slags ordninger i læren om allmenne hensyn og proporsjonalitetsprinsippet. Selv ordninger med svært indirekte og hypotetisk innvirkning på samhandelen måtte analyseres etter denne læren. For å komme ut av denne situasjonen utviklet EF-domstolen to forskjellige lærer som i praksis virker som en avgrensning og presisering av Dassonville-formelen.

For det første: regler som regulerer en vares salgsmåte utgjør etter Keck-doktrinen⁴ likevel ikke noen handelshindring, dersom de regulerer ”bestemte former for salg”, finner anvendelse på alle berørte handelsdrivende og innebærer samme rettslige og faktiske påvirkning på omsetningen til innenlandske og utenlandske aktører. Slike regler står etter Domstolens syn i motsetning til regler om et produkts egenskaper, sammensetning, utforming m.v. For slike produktkrav anvender Domstolen fortsatt Dassonville-formelen i sammenheng med allmenne hensyn.

For det annet: regler hvis restriktive virkning på samhandelen er for usikker og indirekte til at de kan sies å hindre den, vil heller ikke utgjøre noen handelshindring⁵. Dette vil jeg i det følgende omtale som ”adekvanslæren”.

Oppgavens tema er utviklingen og utformingen av Keck-doktrinen og adekvansprinsippet. Avslutningsvis vil jeg foreta en sammenlikning av de to prinsippene. I denne oppgaven vil det ikke gås nærmere inn på læren om allmenne hensyn.

⁴ Forente saker C-267/91 og C-268/91

⁵ Adekvanslæren bygger på sak C-69/88, sak C-93/92 og sak C-379/92

1.2 Forholdet mellom reglene innenfor EU og EØS.

EØS-avtalen er stadig Norges fremste bindeledd til EUs indre marked. Det er reglene om fri flyt av varer i EØS-avtalen som er binder Norge til ikke å ha regler om ”kvantitative importrestriksjoner” eller ”tiltak med tilsvarende virkning”.

I utgangspunktet er EØS-avtalen og EF-traktaten to forskjellige traktater. Norge er, som nevnt, kun bundet av EØS-avtalen. De to traktatsettene har imidlertid sterke forbindelsesledd til hverandre.

Homogenitetsmålsetningen innebærer at de materielle regler i EØS-avtalen som det klare utgangspunkt skal tolkes i samsvar med tilsvarende EU-regler. Denne målsetningen er kommet til uttrykk blant annet i EØS art. 1, fortalen til EØS-avtalen sekstende ledd, samt spesialreglene om tolkning av EØS regler i samsvar med EU regler i EØS art. 6 og ODA art. 3.

Forbud mot kvantitative importrestriksjoner er regulert i EF-traktatens art. 28 og i EØS-avtalens art. 11. Bestemmelsenes ordlyd er tilnærmet identiske. Den eneste forskjellen er at EF-traktaten taler om medlemsstatene, mens EØS-avtalen taler om avtaleparten. Hvor ordlyden i bestemmelser i EØS-avtalen er identisk med ordlyden i de tilsvarende regler i EF-traktaten, skal bestemmelsene i EØS-avtalen tolkes i samsvar med relevante avgjørelser fra EF-domstolen truffet før undertegning av EØS-avtalen, jfr. EØS-avtalen art. 6. Dette må gjelde for EØS art. 11.

Et annet spørsmål er hvorvidt dommer fra EF-domstolen i tiden etter undertegningen av EØS-avtalen har relevans for tolkningen av denne. Dette er ikke minst en aktuell problemstilling i denne oppgaven, fordi det store skiftet i EF-domstolens tolkning av EF art. 28 kom etter undertegning av EØS-avtalen. Etter ODA art. 3 (2) skal det ved fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen tas ”tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som EF-domstolen har truffet etter undertegningen av EØS-avtalen”. EFTA-domstolen har anvendt Keck-doktrinen blant annet i Nille-avgjørelsen⁶.

⁶ Sak E-5/96

Nille-avgjørelsen gjaldt spørsmålet om gyldigheten av et avslag på søknad om rett til salg av videokassetter. EFTA-domstolen behandlet her hvorvidt nasjonale restriksjoner på adgangen til å selge videokassetter var lovlig. Som begrunnelse for avslaget var det opplyst at søkerne ikke oppfylte et krav om å være spesialiserte forhandlere. Nille hevdet at avslaget var i strid med EØS art. 11 og saksøkte Ullensaker kommune m.m. De saksøkte parter mente at reguleringen gjaldt ”bestemte former for salg”, og at den på bakgrunn av blant annet Keck-avgjørelsen dermed ikke utgjorde noen handelshindring forutsatt at de andre vilkårene var oppfylt. EFTA-domstolen fant at kravet om å være spesialiserte forhandlere ikke regulerte produktegenskaper, men tvert imot utelukkende innebar en kanalisering av salg og utleie av videokassetter til bestemte aktører. Videre gjaldt reguleringen alle aktører på det norske markedet. Rettighetskravet innebar ingen distinksjon mellom innenlandske og utenlandske aktører, det gjaldt med andre ord ”bestemte former for salg. På bakgrunn av dette kom EFTA-domstolen til at Keck-doktrinen kom til anvendelse og at rettighetskravet ikke var i strid med EØS art. 11. Den drøfter ikke hvorvidt Keck-doktrinen har relevans innen EØS-retten, men tar dette for gitt. Dette fremgår av uttalelsen:

“so long as those provisions apply to all relevant traders operating within the national territory and so long as they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other Member States. Where those conditions are fulfilled, the application of such rules to the sale of products from other Member States which meet the rules laid down by that State is not by nature such as to prevent access to the market or to impede access any more than it impedes the access of domestic products. Such rules, therefore, fall outside the scope of Article 11 EEA: see the judgments of the ECJ in Keck”⁷

Keck-doktrinen er senere anvendt av EFTA-domstolen i Fagtun-avgjørelsen⁸.

På bakgrunn av dette vil jeg i det følgende forutsette at Keck-doktrinen har relevans også etter EØS-avtalen.

⁷ Dommens avsnitt 23

⁸ Sak E-5/98

I Nille-avgjørelsen hadde EFTA-domstolen for øvrig fraveket EF-domstolens praksis når det gjaldt hvorvidt hensyn utenfor artikkel 13, såkalte ulovfestede allmenne hensyn, kunne begrunne restriksjoner som faktisk, men ikke rettslig, forskjellsbehandlet innenlandske og importerte produkter. EFTA-domstolen kom til at hensyn utenfor art. 13 ikke kunne begrunne rettslig forskjellsbehandling. Den fravek her neppe bevisst EF-domstolens praksis, men ubevisst var den kommet i konflikt med domspraksis fra EF-domstolen som sa at ulovfestede hensyn kunne begrunne både rettslig og faktisk forskjellsbehandling. I Fagtun-avgjørelsen er EFTA-domstolens uttalelser igjen i tråd med EF-domstolens praksis. EFTA-domstolens praksis på dette område viser med andre ord at homogenitetsmålsetningen virker så sterkt at EFTA-domstolen korrigerte sin praksis da den ble kjent med at den ikke var i tråd med EF-domstolens praksis på området.

I Nille-avgjørelsen mente Kommisjonen at det var adekvansprinsippet, ikke Keck-doktrinen som burde anvendes. EFTA-domstolen anvendte likevel Keck-doktrinen. Man kan spørre seg hva grunnen var til at EFTA-domstolen ikke anvendte adekvansprinsippet. En mulig forklaring kunne være at EFTA-domstolen ikke følte seg bundet av adekvansprinsippet, dette er imidlertid ingen sannsynlig forklaring ettersom adekvansprinsippet delvis ble utviklet før undertegnelse av EØS-avtalen. En annen, mer nærliggende forklaring er at EFTA-domstolen på den tiden følte seg usikker på prinsippet. I denne retning går også EFTA-domstolens uttalelse:

“With regard to Article 11 EEA, the Court finally notes that the ECJ has recently ruled that an Italian statute which required a trading license for the opening of shops for the retail sale of certain goods is not to be regarded as being capable of hindering trade between the Member States: see Bassano del Grappa, cited above. The ECJ held that it was sufficient to observe that rules such as those contained in the Italian statute made no distinction according to the origin of the goods distributed by the businesses concerned, that their purpose was not to regulate trade in goods with other Member States and that the restrictive effects which they might have on the free movement of goods were too uncertain and indirect for the obligation which they imposed to be regarded as being capable of hindering trade between Member States (see paragraph

29 of the judgment). The Court does not find it necessary to elaborate on this aspect of the present case. “⁹

Denne formuleringen er svært vag, og Domstolen unnlater å ta stilling til Kommisjonens anførsel når det gjelder adekvanslæren i det den sier at den ikke finner det nødvendig å dvele ved dette i den aktuelle sak. Dette kan tyde på at EFTA-domstolen på dette tidspunktet ikke ønsket å ta standpunkt til adekvansprinsippet. Det betyr sannsynligvis ikke at EFTA-domstolen i dag ikke ville bruke det i tilfeller som likner på dem der EF-domstolen har brukt adekvansprinsippet fremfor Keck-doktrinen.

Et annet eksempel på at EFTA-domstolen har anvendt Keck-doktrinen finner vi i en nylig avsagt avgjørelse Pedicel AS mot Sosial- og helsedirektoratet¹⁰. Her anvendte EFTA-domstolen i tillegg synspunkter fremsatt i Gourmet International- avgjørelsen¹¹ fra EF-domstolen. Saksforholdet i Pedicel-avgjørelsen var at Sosial- og helsedirektoratet hadde fattet vedtak om sanksjoner mot Pedicel AS på grunn av at Pedicel AS hadde utgitt et blad, ”Vinforum”, som inneholdt alkoholreklame i strid med norsk rett. Pedicel AS mente at vedtaket om sanksjoner var i strid med EØS-avtalen på en rekke punkter. Blant annet mente firmaet at vedtaket var i strid med reglene om ”tiltak med tilsvarende virkning” i art. 11. EFTA-domstolen uttalte at det var klart at art. 11 EØS var anvendelig på øl og enkelte typer sprit¹². EFTA-domstolen kom videre til at forbudet mot alkoholreklame utgjorde et ”tiltak med tilsvarende virkning”, og at dette kunne begrunnes i allmenne hensyn.

Denne avgjørelsen viser at EFTA-domstolen anvender EF-praksis i stor grad, og at den, så sant det aktuelle produktet faller innenfor EØS-avtalens virkeområde, anvender også ny EF-praksis uten å drøfte hvorvidt denne har relevans innen EØS.

Det vil ikke nødvendigvis alltid gjelde noen automatikk i at reglene i EU og EØS er like. På mange punkter går EF retten lenger enn EØS-retten og det er også forskjeller

⁹ Dommens avsnitt 28

¹⁰ Sak E-4/04

¹¹ Sak C-405/98

¹² Domstolen kommer til at art. 11 ikke er anvendelig på handel med vin ettersom dette er et landbruksprodukt som ikke faller inn under EØS- avtalens anvendelsesområde, ettersom EØS-avtalen har

når det gjelder hensynene som tas med i vurderingen. Et eksempel på et slikt hensyn er integrasjonsmålsetningen i EU. Mens EØS er et statisk regelverk, er EU en dynamisk union som stadig ønsker å oppnå et nærmere samarbeid. Det at EØS-samarbeidet ikke er like integrasjonistisk som EU er en begrunnelse for at Keck-doktrinen og adekvansprinsippet må gjelde også innen EØS. Ettersom situasjonen er at Dassonville-avgjørelsen tolker "tiltak med tilsvarende virkning" svært vidt, og Keck-doktrinen og adekvansprinsippet gjør unntak fra Dassonville-avgjørelsen ville EØS-retten bli mer integrasjonistisk enn EU retten dersom Keck-doktrinen og adekvansprinsippet ikke gjaldt. Det ville stemme dårlig overens med formålene bak avtalene.

Ettersom den overveiende del av rettsavgjørelsene rundt dette emnet har vært behandlet av EF-domstolen, vil jeg i den videre drøftelse av temaet utelukkende behandle EF retten.

et snevrere vareomfang enn EU ved at blant annet visse landbruksprodukter ikke er omfattet, jfr. EØS-avtalens art. 8 nr. 3. EØS-landene ikke er forpliktet til å sikre fri flyt av disse landbruksproduktene.

2 Utgangspunkt

2.1 Fritt varebytte etter EF art. 23-30

For å oppnå fritt varebytte foreskriver EF art. 23-30 opprettelse av en tollunion og avskaffelse av alle mengdemessige begrensninger på varehandelen mellom medlemslandene. Bestemmelsene beskytter varenes frie bevegelighet og ikke personer eller virksomheter som handler med varer.¹³ Det som menes med dette er at den riktige regeltolkning er den som fører til størst mulig bevegelighet for varene. Man må imidlertid være klar over at dersom nasjonale bestemmelser legger særlige byrder eller begrensninger på de virksomheter som driver med import og eksport, vil dette indirekte være en hindring for fritt varebytte. Derfor finnes det i EF-domstolens praksis flere eksempler hvor Domstolen også må beskytte virksomhetene som er involvert i handelen for å beskytte varenes frie bevegelighet.

EF-traktaten gir ingen definisjon av uttrykket ”vare”. I følge EF-domstolen omfatter begrepet alle produkter som har en pengeverdi og som er gjenstand for kommersielle transaksjoner over landegrenser. Utgangspunktet er at varer er fysiske objekter. I tillegg kommer energiprodukter, som også regnes som varer. Varer vil normalt bli solgt mot penger, men Domstolens definisjon av varer omfatter også gjenstander som selgeren må betale for å bli av med. Sjøppel vil dermed bli regnet som en vare¹⁴.

2.2 Forbud mot kvantitative importrestriksjoner etter EF art. 28

Etter EF artikkel 28 er ”kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning” forbudt mellom medlemsstatene. Mens forbudet mot toll i traktatens art. 25 sikter på hindringer av avgiftsmessig karakter som kan begrense den frie flyt av varer, sikter art. 28 på alle andre former for hindringer som utelukker eller begrenser import. EF-domstolen har definert ”kvantitative importrestriksjoner” til å være samtlige tiltak som innebærer et helt eller delvis forbud mot innførsel, utførsel eller gjennomførsel¹⁵.

¹³ Sørensen og Nielsen s. 190

¹⁴ Sak C-2/90

¹⁵ jfr. Sak C-2/73

Restriksjonene kan enten minske mengden importerte varer, eller minske verdien av varene som blir importert. Ettersom begrepet ”tiltak med tilsvarende virkning” som en kvantitativ importrestriksjon omfatter alle tiltak som er omfattet av uttrykket ”kvantitative importrestriksjoner” er det ikke nødvendig med noen klar definisjon av det sistnevnte begrepet.¹⁶ Tiltak som ikke er egnet til å hindre samhandelen mellom medlemsstatene, men bare berører flyten av varer innen en medlemsstat, vil ikke utgjøre brudd på art. 28.

2.3 Historisk bakgrunn for tolkning av uttrykket ”tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon”

2.3.1 Tolkning av uttrykket forut for Dassonville-avgjørelsen.

Tidligere var det normalt med kvoteordninger for import og eksport. Dette ble ansett for å være et av de viktigste midler en stat kunne benytte for å beskytte den nasjonale vareproduksjon. Kvantitative importrestriksjoner var med andre ord krav som utelukkende gjaldt importerte varer, og som medførte byrder for disse som ikke ble pålagt tilsvarende varer som var produsert innenlands. På bakgrunn av internasjonalt handelssamarbeid som EU og GATT er det i dag uvanlig at land har kvantitative importrestriksjoner. Forbudet mot ”kvantitative importrestriksjoner” har dermed mistet sin betydning. Stor betydning har stadig forbudet mot ”tiltak med tilsvarende virkning”. Utdypningen av hva som ligger i dette begrepet har innebåret vanskeligheter for EF-domstolen. Utgangspunktet for tolkningen av uttrykket er at forbudet omfatter tiltak hvis virkninger svarer til virkningene av kvantitative importrestriksjoner. Tiltakene er med andre ord definert gjennom sine virkninger og ikke gjennom sin art.

Allerede i 1970 gav Kommisjonen et direktiv¹⁷ som utdypet hvilke tiltak som var å anse for å ha tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner. Særlig viktig er bestemmelsen i direktivets art. 2 (3) k som sier at direktivet omfatter forskjellsbehandlende tiltak, og gir et eksempel på et forskjellsbehandlende tiltak i setningen:

¹⁶ Jfr. Streinz s. 312

¹⁷ Rdir. 70/50/EØF

” skaber hindringer for privatpersoners køb alene ved importerede varer eller oppfordrer til udelukkende at købe indenlandske varer eller påbyder et sådant køb, eller giver det en fortrinsstilling.”

Det dreide seg grovt sett om tiltak som vanskeliggjorde import eller gjorde import mer kostbart enn omsetning av varer produsert innenlands. Buy Irish-saken¹⁸ er et typisk eksempel på en regulering som utgjorde en handelshindring etter direktivet. Den irske stat hadde satt i gang en kampanje for å oppfordre folk til å kjøpe irske varer fremfor utenlandske varer. Kampanjen skulle gi et stigende forbruk av irske varer i stedet for innførte varer, omfattende opp til 3 % av det samlede forbruk, og den ville komme til å bestå av en rekke omhyggelige forberedte initiativer i form av et helhetsprogram. I tråd med disse målsetninger hadde den irske regjering truffet en rekke tiltak for å sikre omsetningen av irske varer. EF-domstolen kom til at denne kampanjen var i strid med EF art. 28 og direktivets art. 2 (3) k ettersom den forskjellsbehandlet mellom innenlandske og importerte varer.

2.3.2 Avgjørelsene i sakene Dassonville og Cassis de Dijon

En foreløpig klargjøring fikk uttrykket ”tiltak med tilsvarende virkning” i Dassonville-avgjørelsen. Her gir EF-domstolen uttrykket en utvidet definisjon. Saken gjaldt belgiske regler som forbød import av brennevin uten vedlagt opprinnelsessertifikat. Disse reglene gjaldt utelukkende for importerte varer og innebar dermed at disse varene fikk en ulempe i forhold til innenlandske varer. I utgangspunktet ville disse reglene utgjort importrestriksjoner allerede etter reglene i det tidligere nevnte direktivet ettersom reglene vanskeliggjorde import, eller gjorde import av varer mer kostbart enn omsetning av varer produsert innenlands.

Saksforholdet var at de siktede i en nasjonal straffesak hadde importert skotsk whisky fra Frankrike til Belgia. Etter belgisk rett på det daværende tidspunkt var det et krav om at varer som hadde opprinnelsesbetegnelse ved import skulle ledsages av et opprinnelsessertifikat. Dassonville hadde kjøpt det aktuelle parti varer i Frankrike og varene var ikke ledsaget av noe opprinnelsessertifikat. Det ble innledet en straffesak

¹⁸ Sak C-249/81

mot Dassonville, der spørsmålet ble reist hvorvidt de belgiske bestemmelser var i strid med art. 28. Saken ble forelagt EF-domstolen til prejudisiell avgjørelse. EF-domstolen tolket uttrykket ”tiltak med tilsvarende virkning” utvidende, og definerte det til å ikke bare omfatte forskjellsbehandling, men til også å omfatte begrensninger på varehandelen. EF-domstolen uttalte:

*”Enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen som direkte, indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt kan hindre samhandelen i Fællesmarkedet må ansees som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner.”*¹⁹

Formuleringen viser at man legger til grunn en vid forståelse av uttrykket ”tiltak med tilsvarende virkning”. Denne formuleringen er senere blitt kalt ”Dassonville-formelen”. I Dassonville-avgjørelsen dreide det seg om tiltak som vanskeliggjorde import eller gjorde import mer kostbar enn omsetning av varer produsert innenlands. I utgangspunktet ville dette som nevnt ovenfor utgjort brudd på direktivets art. 2 k. Det var med andre ord ikke behov for denne utvidende tolkning i Dassonville-avgjørelsen. I ettertiden er Dassonville-avgjørelsen likevel regnet som grunnlaget for læren om at ”tiltak med tilsvarende virkning” må tolkes utvidende. Særlig kommer EF-domstolen selv stadig tilbake til denne formuleringen.

Dassonville-formelen får stor rekkevidde ettersom nasjonale bestemmelser som bare indirekte og potensielt kan hindre samhandelen blir regnet for å falle inn under forbudet i art. 28. EF-domstolen har gjentatte ganger bekreftet og klargjort at Dassonville-formelen også kommer til anvendelse på tiltak som ikke skiller mellom innenlandske og innførte varer²⁰. Doktrinen lar art. 28 omfatte samtlige nasjonale bestemmelser som i teorien kan virke begrensende på samhandelen. Motsetningsvis utelukkes bare de bestemmelser som overhodet ikke har noen betydning for samhandelen.

I Dassonville-avgjørelsen kom som nevnt ovenfor en lære til uttrykk som ikke hadde betydning for utfallet i saken. I etterkant av avgjørelsen var det uklart hvilken vekt læren ville ha. Læren ble anvendt i noen mellomliggende avgjørelser²¹, men Cassis de

¹⁹ Dommens avsnitt 5

²⁰ Et eksempel på dette er sak C-362/88, GB-INNO-BM

²¹ Blant annet i Tasca, sak C-65/75 og van Tiggele, sak C-82/77

Dijon-avgjørelsen er det første eksemplet på en avgjørelse der Dassonville-formelen, var nødvendig å bruke for å komme frem til det resultat Domstolen kom til.

Cassis de Dijon-dommen handlet om import av et parti fruktlikør fra Frankrike til Tyskland. Etter de tyske reglene på dette tidspunkt ble det stilt krav om at likør måtte ha en minsteprosent alkohol for at den skulle kunne bringes i omsetning i Tyskland. Den franske likøren "Cassis de Dijon" oppfylte ikke disse minstekravene til alkoholinnhold. På bakgrunn av dette avslo tyske myndigheter importsøknaden. Den tyske importøren mente at kravene om en minsteprosent alkohol var i strid med art. 28, og spørsmålet ble forelagt EF-domstolen til prejudisiell avgjørelse. I utgangspunktet gjaldt de tyske regler likt for innenlandske og utenlandske produkter. Forut for Dassonville-avgjørelsen ville det dermed ikke ha vært grunnlag for å si at reglene utgjorde kvantitative importrestriksjoner etter EF art. 28. I Cassis de Dijon-avgjørelsen slo EF-domstolen imidlertid fast at reglene var egnet til å hindre samhandelen og således utgjorde kvantitative importrestriksjoner. Domstolen uttalte at:

*"Hindringer for samhandelen inden for fællesskabet, der beror på forskelle i de nationale lovgivninger vedrørende afsætningen af de pågældende produkter, må accepteres i det omfang disse bestemmelser er uomgængeligt nødvendige af hensyn til især en effektiv skattekontrol, beskyttelse af den offentlige sundhed, god handelskikk og forbrugerbeskyttelse."*²²

Domstolen fastslo at forskjeller i medlemsstatenes lovgivning utgjorde handelshindringer, og at slike forskjeller kun kunne godtas i det omfang de var nødvendige på grunn av de ovennevnte hensyn. Det krevdes ikke at slike forskjeller gjorde import vanskeligere enn innenlands omsetning²³. Med andre ord ble nasjonale regler som behandlet utenlandske og innenlandske varer likt også ansett som handelshindringer etter art. 28. EF-domstolen presiserte med dette handelshindringsbegrepet og Dassonville-formelen.

²² Dommens avsnitt 8

²³ Sejersted m. fl. s. 298

I Dassonville-avgjørelsen inkluderte Domstolen også nasjonale bestemmelser som bare potensielt kunne hindre samhandelen mellom medlemslandene. Det viste seg snart at den ikke med dette oppstilte noe minstekrav til hvilken effekt bestemmelsene måtte ha på innførselen av varer for å bli ansett som en handelshindring.

Dette ble fremfor alt klart i Prantl-avgjørelsen²⁴ da Domstolen uttalte:

*”Det foreligger allerede en tilsidesættelse af dette forbud, når de pågældende foranstaltninger er egnet til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne, idet det ikke er nødvendigt, at foranstaltningerne er af en art, der mærkbart påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.”*²⁵

Det kreves med andre ord ikke noen merkbar innvirkning på samhandelen for at de regler som er under pådømmelse skal anses for å utgjøre handelshindringer. Det er tilstrekkelig å konstatere at regelen er egnet til å medføre en nedgang i importen. I samme retning som Prantl-avgjørelsen går også avgjørelsen i Jan Van der Haar²⁶. Dersom man sammenlikner EF-domstolens praksis på dette tidspunkt med ordlyden i EF art. 28 ser man at EF-domstolen har foretatt en svært utvidende tolkning av bestemmelsen. Dette er, som jeg vil komme nærmere inn på senere, problematisk i forhold til prinsippet om EU-organenes avgrensede kompetanse.

2.3.3 Skiftende rettspraksis i tiden mellom Dassonville-/Cassis de Dijon- og Keck-avgjørelsene

EF-domstolen hadde med Dassonville- og Cassis de Dijon-avgjørelsen uttrykt en lære om tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner. Generelt om tiden mellom Cassis de Dijon- og Keck-avgjørelsen kan man si at Domstolen går over til en stadig mer mekanisk anvendelse av denne læren.²⁷ Problemet med en svært utstrakt anvendelse av denne læren var at regulering av handel innenlands i stadig større grad ble regulert av fellesskapsretten. EF-domstolen ønsket å forhindre at

²⁴ Sak C-16/83

²⁵ Dommens avsnitt 4

²⁶ Sakene C-177/82 og C-178/82

fellesskapsretten grep inn alt for sterkt i nasjonal lovgivning. Det var derfor i stor grad nødvendig å begrunne innvirkning på samhandelen med allmenne hensyn. Med andre ord slo man i de aller fleste tilfeller fast at en regulering utgjorde en handelshindring etter Dassonville-formelen, før man fant at denne handelshindringen likevel ikke var ulovlig ettersom den kunne begrunnes i allmenne hensyn. Bakgrunnen for at denne praksis ikke var særlig heldig var at for å få de forskjellige saksforholdene til å passe på de forholdsvis få allmenne hensyn var man nødt til å tolke disse sterkt utvidende. Dette gjorde det vanskelig for medlemsstatene å forutberegne sin rettsstilling ettersom det tidvis var vrient å se hvilke regler som ville bli ansett for å være begrunnet i allmenne hensyn og hvilke som ikke ville bli ansett for å være det. I tillegg må det ha blitt oppfattet som negativt av medlemsstatene at enhver regulering av næringslivet ble karakterisert som en handelshindring, selv om denne senere ble godkjent. Den ene tendensen som ses i perioden etter Cassis de Dijon-avgjørelsen er at linjen fra Dassonville- og Cassis de Dijon-avgjørelsene med svært utvidende tolkninger av ”tiltak med tilsvarende virkning” videreføres.

Et eksempel på denne tendensen ser vi i GB-INNO-BM-avgjørelsen²⁸, der et forbud mot å angi priser før og nå ble ansett uforenelig med art. 28. Domstolen uttalte at:

” Det fremgår af sagens akter, at reklamer med salgstilbud, der angiver en prisnedsættelse og tilbuddets varighed samt de tidligere priser, er forbudt efter de luxembourgiske bestemmelser, mens de er tilladt efter de i Belgien gældende bestemmelser.

*I denne forbindelse bemærkes, at Domstolens faste praksis går ud på, at når der ikke findes en fælles ordning vedrørende forhandling, må hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet, der beror på forskelle i de nationale lovgivninger, accepteres i det omfang, disse bestemmelser er uomgængeligt nødvendige af hensyn til især forbrugerbeskyttelse og god handelsskik.”*²⁹

²⁷ Jervell s. 503

²⁸ Sak C-362/88

²⁹ Dommens avsnitt 9 og 10

Med andre ord mente Domstolen her at dette forbudet falt innenfor handelshindringsbegrepet. I avgjørelsen drøftet Domstolen videre hvorvidt en nasjonal lovgivning som hindret forbrukerne i å få adgang til visse opplysninger kunne begrunnes i forbrukerhensynet. Domstolen mente at det i denne situasjonen ville ha vært mulig å gi forbrukeren de nødvendige opplysninger ved f.eks. merking av varen, og at kravet til proporsjonalitet dermed ikke var oppfylt. Handelshindringen kunne dermed ikke begrunnes i allmenne hensyn og reguleringen var i strid med art. 28. Denne avgjørelsen følger det sporet som EF-domstolen la opp til med Dassonville og Cassis de Dijon ettersom saksforholdet ikke ville utgjort ”tiltak med tilsvarende virkning” etter art. 28 alene.

Linjen fra GB-INNO-BM er senere blitt fulgt i avgjørelsene SARPP³⁰ og Yves Rocher³¹. Alle de tre avgjørelsene handlet om markedsføring og annonsering for varer. EF-domstolen gikk ut fra at hinderet for samhandelen mellom medlemsstatene som den konstaterte berodde på forskjeller i den nasjonale lovgivningen. Domstolen etablerte senere et prinsipp som liknet på prinsippet i Cassis de Dijon-avgjørelsen. Etter dette prinsippet burde en næringsdrivende som fremstiller markedsføringsmaterieell i samsvar med lovgivningen i en medlemsstat ha mulighet til å anvende dette i andre medlemsstater dersom ikke tvingende krav med hensyn til forbrukervern eller god forretningsskikk motsatte seg dette.

I Oosthoek-dommen³² fant Domstolen at begrensninger i adgangen til å gi gaver i forbindelse med salg utgjorde en handelshindring etter art. 28. Reglene påvirket ikke direkte importen, og gjaldt likt for innenlandske og utenlandske varer. Domstolen fant likevel at ordningen kunne påvirke omsetningens størrelse. På bakgrunn av dette ble reglene ansett for å utgjøre handelshindringer. De kunne imidlertid begrunnes i allmenne hensyn. I Oosthoek-avgjørelsen følger Domstolen samme linje som den fulgte blant annet i GB-INNO-avgjørelsen.

Domstolens praksis i denne perioden var sterkt varierende, og en annen, nærmest motstående tendens man ser i denne perioden, er at Domstolen også tidvis tolker

³⁰Sak C-241/89

³¹ Sak C-126/91

³² Sak C-286/81, straffesak mot Oosthoek's Uitgeversmaatschappij B.V.

uttrykket ”tiltak med tilsvarende virkning” innskrenkende i forhold til Dassonville-avgjørelsen. Det kan være vanskelig å se noen sammenheng mellom de to tendensene.

I Oebel-avgjørelsen³³ fant Domstolen at samhandelen mellom medlemsstatene ikke ble begrenset av en lovgivning som forbød leveranse av bakerivarer på visse tider av døgnet til videreforgjeldere selv om leveranse til grossister var tillatt. Ettersom saksforholdet utspant seg i en grenseby var det sannsynlig at en begrensning på generell handel samtidig ville begrense samhandelen. Begrunnelsen for at reguleringen ikke ble ansett som noen handelshindring var at selv om levering av importerte varer til noen steder var forhindret, var handel innen fellesskapet mulig til enhver tid³⁴.

I plenumssaken Blesgen³⁵ fant Domstolen at et forbud mot salg av drikke med høyt innhold av alkohol i noen barer og restauranter, ikke hadde betydning for importen av varer, og således ikke utgjorde noen handelshindring. Saksforholdet var at det var blitt innledet straffesak mot en belgisk restaurantør fordi denne hadde oppbevart og skjenket alkoholholdige drikkevarer med en alkoholstyrke på over 22 % på et sted der dette etter belgisk rett ikke var tillatt. Tiltalte mente at de aktuelle straffebestemmelser utgjorde tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner for alkoholholdige drikkevarer selv om de gjaldt på samme måte for innenlandske og utenlandske aktører. Videre mente han at disse tiltakene ikke kunne begrunnes i allmenne hensyn. Spørsmålet ble forelagt EF-domstolen som et prejudisielt tolkningsspørsmål. Belgiske myndigheter mente at straffebestemmelsene ikke var omfattet av art. 28 ettersom de ikke begrenset samhandelen innen fellesskapet. I tillegg mente de at det ikke forelå noen forskjellsbehandling mellom innenlandske og innførte varer. Regjeringen hevdet at formålet med loven var å bekjempe alkoholmisbruket i landet. Ved å nekte oppbevaring og nytelse av alkoholholdige drikkevarer på offentlig tilgjengelige steder ønsket man å beskytte ungdommen mot de skadelige virkninger av alkoholmisbruk. Domstolen fant at en regulering som utelukkende regulerte salg av alkoholholdige drikkevarer med en alkoholprosent på over en viss prosentsats på offentlig tilgjengelige steder ikke kunne sies å ha noen forbindelse med innførselen av varene, og dermed ikke kunne sies å hindre samhandelen mellom medlemsstatene.

³³ Sak C-155/80

³⁴ Dommens avsnitt 20

³⁵ Sak C-75/81

I følge domsgrunnene i Blesgen-avgjørelsen er bakgrunnen for at Domstolen fant at det ikke var grunnlag for å si at reguleringen hadde noen sammenheng med importen av varene at det var mulig for produsentene av drikkevarer med alkoholprosent over 22 å selge varer på andre steder som ikke var offentlig tilgjengelige. Avgjørelsen i Blesgen stemmer for så vidt godt overens med avgjørelsen i Oebel. I begge avgjørelsene var det mulig å selge varene på et annet sted eller til en annen tid innen fellesskapet, og dermed ble reguleringene ikke ansett for å utgjøre handelshindringer.

I Quietlynn-dommen³⁶ fant Domstolen at et forbud mot salg av lovlige pornografiske artikler fra uautoriserte forretninger ikke var handelshindrende etter art. 28 ettersom de aktuelle varene kunne bli solgt gjennom andre kanaler. Her følger Domstolen linjen fra Blesgen- og Oebel-avgjørelsene. Det kan synes som om Domstolen gjennom disse tre avgjørelsene prøver å etablere en lære der en regulering ikke utgjør en handelshindring dersom de aktuelle produkter kan selges innen fellesskapet gjennom andre kanaler eller til en annen tid.

Domstolens praksis når det gjelder hvor vidt uttrykket ”tiltak med tilsvarende virkning” skal tolkes har som sagt ikke vært konsistent, og i lukketidssakene kom problemene med tolkning av bestemmelsen i art. 28 særlig til syne. Et eksempel på dette finner vi i avgjørelsen *Torfaen Borough Council v B & Q*³⁷. Her fant Domstolen at et forbud mot salg på søndager i England og Wales brøt med art. 28 selv om varene kunne selges på de andre ukedagene. Saken gjaldt hvorvidt et engelsk forbud mot salg av bl.a. byggematerialer på søndager var i strid med art. 28. Dommen fastslo på den ene side indirekte at denne type bestemmelser var omfattet av uttrykket ”handelshindring”, men påpekte samtidig at denne typen lover ikke hadde til formål å påvirke samhandelen. Ettersom Domstolen foretok en analyse av hvorvidt lukkeloven kunne anerkjennes som forenlig med beskyttelsesverdige hensyn må den ha ansett den for å være i strid med art. 28. Et spesielt poeng med avgjørelsen er at Domstolen finner at reguleringen kan begrunnes i allmenne hensyn, men ikke nevner hvilket allment hensyn den mener rettfærdiggjør reguleringen. Dette er et typisk eksempel for tiden mellom *Dassonville*-avgjørelsen og *Keck*-avgjørelsen. Domstolen ønsket å forhindre at en hver regulering av

³⁶ Sak C-23/89

næringslivet ble ansett som en handelshindring, men samtidig var det tidvis vanskelig for den å finne frem til allmenne hensyn som dekket den aktuelle reguleringen. I disse tilfellene nevnte ikke Domstolen hvilket allment hensyn avgjørelsen var begrunnet i.

Conformaavgjørelsen er en annen lukketidssak, som gjaldt³⁸ franske forretninger som holdt åpne på søndager i strid med fransk rett. Nasjonale bestemmelser som forbød bruk av arbeidstakere på søndager i slike bransjer som møbelbutikker ble ikke ansett å ha til formål å regulere samhandelen. Bestemmelsene kunne likevel ha restriktive virkninger for de frie varebevegelser ettersom forbudet kunne ha negative følger for omsetningens omfang, og dermed for innførselen av varer. Domstolen henviste til Torfaen-avgjørelsen og uttalte at forbud mot søndagsåpning av butikker kun var tillatt i det omfang det var nødvendig for å ivareta hensyn som er begrunnet i henhold til fellesskapsretten. De restriktive virkninger som bestemmelsene måtte ha fremstod ikke som uforholdsmessige i forhold til det forfulgte mål.

Den siste lukketidssaken som skal nevnes her er Marchandise³⁹. I Belgia gjaldt det også et forbud mot søndagsåpne butikker. Det var tatt ut straffesak mot Marchandise på bakgrunn av at han hatt butikker åpne på søndager. Den belgiske domstol forela saken for EF-domstolen med spørsmål om hvorvidt bestemmelser som forbyr ansettelse av arbeidstaker i detaljforretninger på søndager utgjorde tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner. Domstolen bemerket innledningsvis at disse bestemmelsene ikke hadde til formål å regulere samhandelen, men at de likevel kunne ha restriktive virkninger for den frie varebevegelse. Selv om det var lite sannsynlig at lukking av visse typer butikker på søndager gjorde at forbrukerne sluttet å kjøpe varene så lenge disse kunne kjøpes andre dager i uken, stod det fast at det aktuelle forbud kunne ha negative følger for omsetningens omfang og dermed også for innførselen av varer. Domstolen konstaterte videre at bestemmelser av denne typen berørte både salget av innenlandske og innførte varer. Det ble dermed ikke forskjellsbehandlet mellom varer som var innført fra andre medlemsstater og innenlandske varer. Domstolen henviste til Torfaen-avgjørelsen, og uttalte at søndagsstengning av butikker kun var tillatt i den utstrekning forbudets hindre for samhandelen innen fellesskapet ikke var

³⁷ Sak C-145/88

³⁸ Sak C-312/89

³⁹ Sak C-332/89

mer vidtgående enn det som var nødvendig av hensyn til gjennomførselen av det tilsiktete mål, som må være begrunnet i henhold til fellesskapsretten. Domstolen slo avslutningsvis fast at bestemmelsene forfulgte et anerkjent mål, og at de restriktive virkninger på samhandelen som bestemmelsene hadde ikke fremstod som uforholdsmessige i forhold til dette målet.

Det kan synes vanskelig å finne sammenheng mellom de ovennevnte avgjørelsene. Etter avgjørelsene i Oebel og Blesgen ville det være rimelig å anta at en regulering av næringslivet ikke utgjorde noen handelshindring så lenge man ikke til enhver tid eller på ethvert sted nektet en vare adgang til fellesskapet. Etter avgjørelsen i Torfaen, og de andre lukketidssakene, er ikke denne tolkningen lenger mulig ettersom det der konstateres at søndagslukking av butikker innbærer en handelshindring som må begrunnes i allmenne hensyn for å være godtagbar, selv om varene også i dette tilfellet kan selges til andre tider. Særlig er parallellen mellom Oebel- og Torfaen avgjørelsen vanskelig å se ettersom begge handlet om hvorvidt stengning av butikker på et gitt tidspunkt innebar en handelshindring.

En mulig forklaring på hvorfor dommene spriker er at Domstolen så at den var i ferd med å overta for mye av medlemsstatenes lovgivningsmyndighet når det gjaldt regulering av varesalg, og ønsket å endre dette samtidig som den følte seg bundet av Dassonville-formelen og andre tidligere avgjørelser.

Adekvanslæren, som vil bli nærmere behandlet nedenfor, er et eksempel på en slags tredje tendens i perioden. Læren gir uttrykket ”tiltak med tilsvarende virkning” en snevrere betydning enn Dassonville-avgjørelsen. I Krantz-avgjørelsen⁴⁰ uttrykker EF-domstolen at restriksjoner som har usikker og indirekte innvirkning på samhandelen ikke vil utgjøre noen handelshindring. Hovedpunktet i adekvanslæren er at hvor innvirkningen på samhandelen blir usikker og indirekte anser man den ikke for å ha tilstrekkelig innvirkning til å kunne sies å utgjøre noen handelshindring. Denne læren vil bli nærmere behandlet i kapittel 4.

⁴⁰ Sak C-69/88

2.4 Følger av utviklingen

Ettersom tolkningen av bestemmelsen etter hvert ble temmelig udefinert, ble anvendelsen av art. 28 vanskelig for de nasjonale domstoler. Ved bruk av Dassonville-formelen ble nesten ethvert nasjonalt tiltak å anse som en handelshindring. Ettersom så mye ble ansett som en handelshindring var det som nevnt nødvendig å bruke unntaket for allmenne hensyn i svært vid utstrekning for å hindre at enhver nasjonal regulering av næringslivet innebar traktatsbrudd.

Rettstilstanden førte til at stadig flere næringsdrivende angrep nasjonal lovgivning for å få den erklært ugyldig etter art. 28. Handelshindringsbegrepet og Dassonville-formelen fikk etter hvert et slikt omfang at det var nødvendig med en innskrenkning. En annen virkning av den ovennevnte praksis var at art. 28 ble utviklet fra en rett til samhandel mellom medlemsstatene til å bli en rett for de handlende til å utøve sin virksomhet under svært liberale forhold.⁴¹

EF-domstolen er blitt kalt integrasjonens motor. Den har på mange måter gitt seg selv til oppgave å stadig bringe medlemsstatene og deres lovgivning nærmere av hverandre. En fortsettelse av den linje EF-domstolen hadde startet med avgjørelsene i Dassonville og Cassis de Dijon, ville ha medført at store deler av medlemsstatenes lovgivningsmuligheter ble sterkt begrenset. EUs regler om direkte virkning og forrang gir Domstolens kjennelser direkte virkning i medlemsstatene. En kombinasjon av reglene om direkte virkning og forrang og en svært utvidende tolkning av handelshindringsbegrepet, ville gi medlemsstatene svært få muligheter til å gi lovgivning for å regulere næringslivet.

I utgangspunktet har de nasjonale stater etter EF-traktaten beholdt sin suverenitet og lovgivningsmyndighet. EU-organene kan utelukkende gi bestemmelser på de områder der de spesifikt er gitt myndighet til det. Dette følger av prinsippet om organenes avgrensede kompetanse som er kommet til uttrykk blant annet i EU art. 5 og EF art. 5. En praksis som i stadig større grad overfører kontroll med reguleringer av næringslivet fra de nasjonale stater til EU-organene vil ikke være i tråd med dette prinsippet, og

⁴¹ Sørensen og Nielsen s. 225.

heller ikke i tråd med formålet bak fellesskapet. Dette er den viktigste årsaken til at det var nødvendig med en endring av praksis.

Et annet problem som oppstod var den enorme saksmengde som ble forelagt EF-domstolen ettersom svært mange næringsdrivende ønsket å få fastslått at en regel som rammet dem utgjorde en handelshindring. Det var også svært vanskelig både for medlemsstatene og de næringsdrivende å forutberegne sin rettsstilling, ettersom det var vanskelig å se sammenheng i Domstolens praksis. Man fant med andre ord at det også på bakgrunn av prosessøkonomiske hensyn var nødvendig med en avklaring av hvilke reguleringer som falt innenfor og hvilke som falt utenfor handelshindringsbegrepet. EF-domstolen mente nok å komme med en slik avklaring med Keck-avgjørelsen. Nedenfor vil det drøftes hvorvidt Keck-avgjørelsen faktisk innebærer noen klargjøring av situasjonen.

3 Keck-avgjørelsen

3.1 Hva inspirerte Keck-avgjørelsen?

I forkant av Keck-avgjørelsen var det ventet at det måtte komme en avgjørelse som virket klargjørende. Avgjørelsene i forkant av Keck-avgjørelsen spriket som nevnt sterkt. Det er mulig man kan se Keck-avgjørelsen som et resultat av uenighet i Domstolen, og at man var nødt til å finne en avklaring på den sprikende praksisen, og da valgte en løsning som alle, eller de fleste dommerne kunne samstemme i. Den manglende sammenheng i avgjørelsene etter Dassonville var blitt påpekt i litteraturen. Steiner oppsummerer Domstolens praksis slik:

*”It continues to deal with the issues on a case by case basis, its reasoning adequate perhaps to deal with the situation at hand, but ill-suited to general application”*⁴²

Det synes som om Steiner her mener at løsningene Domstolen kom med i tiden mellom Cassis de Dijon-avgjørelsen og Keck-avgjørelsen i og for seg gav gode resultater i hver enkelt sak, men at Domstolens praksis var alt for sprikende til å kunne gi grunnlag for noen generell regel. I tillegg hadde Domstolen over tid fått kritikk for tendensen til å utvide anvendelsesområdet for artikkel 28 uten å stadfeste klare kriterier for i hvilke situasjoner man var utenfor artikkelens anvendelsesområde.⁴³

En annen forfatter, White foreslo en endring av praksis slik at det oppstod et skille mellom markedsadgang og markedsadferd.⁴⁴ Denne artikkelen må antas å ha inspirert EF-domstolen til Keck-avgjørelsen.

⁴² Steiner: Drawing the line: Uses and abuses of Article 30, CMLR s. 749-774

⁴³ Bl.a. Steiner, ”Drawing the line: Uses and Abuses of Article 30 EEC” CMLR 1992 s. 749

⁴⁴ White s. 235-280, Avs. 2.2.2.1

3.2 Presentasjon av Keck-avgjørelsen

I Keck-avgjørelsen var to franske forretningsmenn som drev to store kjøpesentre i nærheten av den tyske grensen tiltalt etter fransk rett for å ha videresolgt kaffe og øl med tap. Bakgrunnen for salgene var at de ønsket å markedsføre bestemte varemerker. Da straffesaken kom opp, påberopte forretningsmennene seg at det franske forbudet var i strid med art. 28. I tråd med Roma-traktatens art. 234, fremla den franske domstol saken for EF- domstolen som et prejudisielt tolkningsspørsmål. Keck-dommen må sees som en innrømmelse fra EF-domstolens side av at den beskrevne utvikling i rettspraksis var gått for langt og at det var et behov for å begrense rekkevidden av forbudet mot importrestriksjoner.⁴⁵

Domstolen opprettholder praksis fra Cassis de Dijon når det gjelder hindringer på samhandelen som følger av manglende harmonisering av lovgivning. Disse skal anses som handelshindringer dersom de er egnet til å påvirke samhandelen, og kan på visse vilkår godkjennes med bakgrunn i allmenne hensyn. Dette følger av Domstolens uttalelse:

”I denne forbindelse bemærkes, at i henhold til Domstolens Cassis de Dijon-praksis (dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe-Zentral, Sml. s. 649) forstås ved foranstaltninger med tilsvarende virkning, der er forbudt i henhold til artikel 30, sådanne hindringer for de frie varebevægelser, der i mangel af en harmonisering af lovgivningerne følger af, at der på varer fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og bragt i omsætning, anvendes regler om, hvilke betingelser sådanne varer skal opfylde (f.eks. med hensyn til benævnelse, form, dimensioner, vægt, sammensætning, præsentation, mærkning og emballage), og det uanset om sådanne regler anvendes uden forskel på alle varer, når en sådan anvendelse ikke kan begrundes ud fra et alment hensyn, der går forud for hensynene til de frie varebevægelser”⁴⁶

Den erklærer deretter at den bevisst bryter med eldre praksis med denne avgjørelsen når det gjelder bestemmelser som begrenser ”bestemte former for salg” og uttaler at disse ikke kan anses som handelshindringer så lenge de finner anvendelse på alle berørte

⁴⁵ Sejersted m. fl. s. 301

⁴⁶ Dommens avsnitt 15

parter som driver virksomhet i landet, og rettslig og faktisk påvirker omsetningen av innenlandske varer og varer fra andre medlemsstater på samme måte. Dette følger av Domstolens uttalelse:

*”I modsætning til, hvad Domstolen hidtil har antaget, kan det forhold, at nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, bringes i anvendelse på varer fra andre medlemsstater, derimod ikke antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne som nævnt i dommen i Dassonville-sagen (dom af 11.7.1974, sag 8/74, Sml. s. 837), forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde.”*⁴⁷

*”Når disse betingelser er opfyldt, kan en anvendelse af sådanne bestemmelser på salg af varer fra en anden medlemsstat, som opfylder de af denne stat fastsatte regler, ikke antages at forhindre, at varerne får adgang til markedet eller medføre større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer. Sådanne bestemmelser falder derfor uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 30.”*⁴⁸

EF-domstolen tar her dermed uttrykkelig avstand fra sin tidligere praksis. Keck innebærer en innskrenkende presisering av Dassonville-formelen i det at nasjonale bestemmelser som regulerer ”bestemte former for salg” ikke faller under forbudet i EF art. 28 dersom de gjelder for alle berørte handelsparter som utøver sin virksomhet innenlands, dersom ordningene er opprinnelsesnøytrale og ikke har til hensikt å regulere samhandelen.⁴⁹ Begreper som gjerne brukes synonymt med uttrykket ”bestemte former for salg” er ”salgsmåter” og ”markedsadgang”. Disse uttrykkene vil bli brukt om hverandre i oppgaven. Keck-doktrinen innebærer med andre ord at det skal prøves om de nasjonale bestemmelser finner anvendelse på alle de berørte næringsdrivende og om de både rettslig og faktisk påvirker omsetningen av innførte og innenlandske produserte varer på samme måte.

⁴⁷ Dommens avsnitt 16

⁴⁸ Dommens avsnitt 17

⁴⁹ Streinz s. 313

3.3 Senere anvendelse av Keck-doktrinen

I den første tiden etter avgjørelsen var det uklart i hvilket omfang Dassonville-formelen var fraveket. Etter avgjørelsen har EF-domstolen klargjort at forskrifter som innebærer krav om at en bedrift må endre emballasje som den rettmessig bruker i et annet medlemsland, ikke er å anse som en salgsmåte.⁵⁰ Ved at de ikke anses som en salgsmåte er de med andre ord ikke omfattet av Keck-avgjørelsens unntak fra handelshindringsbegrepet. Dersom slike reguleringer skal være tillatt må de derfor være begrunnet i allmenne hensyn. Som former for salg regnes for eksempel salgsforbehold for apoteker⁵¹ og begrensninger på tv-reklame⁵².

I etterkant av Keck-avgjørelsen var det uklart hva som egentlig lå i uttrykket ”berørte” i kravet om at det skal prøves om de nasjonale bestemmelser finner anvendelse på alle berørte. Dette spørsmålet kom opp i den såkalte Apotek-avgjørelsen⁵³, der saksforholdet var at det i Tyskland gjaldt et forbud mot å selge legemidler utenfor apoteker. Et internettfirma fra Nederland, som ønsket å selge medisiner over Internett, mente at dette forbudet var i strid med art. 28. Domstolen uttalte at forbudet mot postordresalg gjaldt både for innenlandske og utenlandske apoteker. Det gjaldt dermed alle berørte.⁵⁴

Et annet spørsmål som skapte tvil var hvorvidt en bestemmelse kunne sies å påvirke omsetningen av innenlandske og utenlandske varer på samme måte rettslig og faktisk sett, når det ikke forelå noen innenlandsk produksjon av den aktuelle varen. Dette spørsmålet fikk en avklaring i den såkalte morsmelkerstatningsavgjørelsen. Saksforholdet var her at Kommisjonen gikk til sak mot Hellas⁵⁵ på bakgrunn av at den mente at en nasjonal ordning som medførte at morsmelkerstatning vanligvis bare kunne selges i apoteker måtte anses som en handelshindring i henhold til EF-traktatens art. 28. Det sentrale punkt i dommen var hvorvidt Keck-doktrinen kunne anvendes på reguleringer av handel med morsmelk i Hellas når det ikke fantes innenlandske produsenter av morsmelk. Problemet var setningen i Keck-doktrinen om at det er et

⁵⁰ Sak C-470/93, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe in Köln mot Mars GmbH

⁵¹ Sak C-391/92,

⁵² Sak C 412/93

⁵³ Sak C-322/01

⁵⁴ Dommens avsnitt 69

vilkår for at den skal komme til anvendelse at innenlandske og utenlandske varer, rettslig som faktisk, likestilles. Domstolen fant at Keck-doktrinen kunne komme til anvendelse uavhengig av hvorvidt det fantes innenlandske produsenter av morsmelk. EF-domstolen mente at vilkårene etter Keck-doktrinen var oppfylt. Hellas ble på denne bakgrunn frifunnet.

En annen problemstilling innenfor samme vilkår var i hvilken grad et totalforbud mot markedsføring ville innebære at det faktisk ble forskjellsbehandlet mellom innenlandske og importerte varer. Synspunktet var at i visse tilfeller ville det gå hardere ut over utenlandske produsenter enn innenlandske produsenter at det ikke var tillatt å markedsføre for sine produkter. Spørsmålet kom opp i en sak, den såkalte De Agostini saken⁵⁶, som dreide seg om et svensk forbud mot reklamer som rettet seg mot barn under tolv år. Domstolen uttrykte at

*For så vidt angår den anden betingelse kan det ikke udelukkes, at et fuldstændigt forbud, som gælder i en medlemsstat mod en form for salgsfremmende foranstaltning for en vare, som lovligt sælges i medlemsstaten, i højere grad har indvirkning på varer fra andre medlemsstater.*⁵⁷

Domstolen uttrykker her at det generelt sett vil være en viss sannsynlighet for at markedsføringsforbud vil innebære en faktisk forskjellsbehandling mellom innenlandske og importerte produkter selv om de rettslig sett likestilles.

Problemstillingen i De Agostini-avgjørelsen har ikke vært Domstolens eneste problem når det gjelder anvendelsen av Keck-doktrinen på markedsføringsreguleringer. Et annet problem med er hvilket perspektiv man skal se reglene fra, ettersom det foreligger to mulige synsvinkler. Fra den ene synsvinkelen vil en regulering som sier at det ikke er adgang til å reklamere for en vare utgjøre et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i forhold til varen. Man kan imidlertid også se problematikken fra reklamebyråets synsvinkel. Forbudet mot reklame blir da et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i forhold til tjenesten

⁵⁵ Sak C-391/92, Kommisjonen mot Hellas

⁵⁶ Sakene C-34/95, C-35/95 og C-36/95

⁵⁷ Dommens avsnitt 42

reklamerings. Slik vil for eksempel en regel som innebærer at det ikke kan reklameres for alkoholholdige produkter på den ene side utgjøre en regulering av en tjeneste ettersom det arbeidet reklamebyrået e.l. utfører vil være en tjeneste og dette forbudet vil innskrenke reklamebyråets handel av tjenester. På den annen side kan man se det slik at et forbud mot reklame for alkoholholdige produkter vil innebære et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon for varen ettersom manglende reklameadgang vil gjøre det vanskeligere å få solgt varen alkohol.

Dette spørsmålet kom opp i avgjørelsen i *Gourmet International*⁵⁸ der EF-domstolen kom til at hvorvidt et forbud mot alkoholreklame utgjorde et tiltak med tilsvarende virkning måtte vurderes ut fra hvilken effekt regelen hadde på omsetningen av varer, og ikke ut fra den effekt regelen hadde på salget av tjenesten reklamerings. Saken stod mellom konsumentombudsmannen og *Gourmet International Products AB*. Stridsspørsmålet i saken var hvorvidt et forbud mot kommersielle annonser for alkoholholdige drikkevarer var i strid med EF art. 28. Domstolen henviser til *De Agostini*-saken og fastslår at det ikke kan utelukkes at et forbud kan ha større betydning for utenlandske enn innenlandske aktører. Domstolen konstaterer videre at et forbud mot enhver reklame på et område der det er tale om varer som alkoholholdige drikker, hvis inntak er knyttet til samfunnsmessige tradisjoner samt til skikk og bruk og lokale sedvaner, kan medføre større ulemper for adgangen til markedet for varer med opprinnelse i andre medlemsstater enn for innenlandske varer, som forbrukerne umiddelbart kjenner bedre. Domstolen kommer etter dette til at det foreligger en handelshindring, men godkjenner denne på bakgrunn av allmenne hensyn.⁵⁹

Det virker klart at mange av avgjørelsene som ble nevnt ovenfor ville ha blitt løst på en annen måte i etterkant av *Keck*-avgjørelsen. Dette gjelder særlig de såkalte lukketidssakene. En regulering av butikkens åpningstider ville klart ha utgjort en salgsmåte etter *Keck*-avgjørelsen og dermed ikke ha utgjort noen handelshindring etter art. 28⁶⁰. Et eksempel på en lukketidsavgjørelse der Domstolen fant at bestemmelsene om åpningstider begrenset eller forbød bestemte former for salg, kom til anvendelse på

⁵⁸ Sak C-405/98 *Gourmet International*

⁵⁹ Etter avgjørelsene i *Mars*, Sak C-470/93, *Clinique/Linique* Sak C-315/92 samt *De Agostini* Sak C-34/95 må situasjonen når det gjelder reklame sies å være klargjort.

⁶⁰ *Steiner & Woods* s. 222

alle berørte og var opprinnelsesnøytrale finner vi i straffesakene mot Tankstation`T Heuske VOF og J. B. E. Boermans⁶¹. Domstolen kom her til at bestemmelsen ikke utgjorde noen handelshindring ettersom Keck-doktrinen kom til anvendelse. En annen avgjørelse der Domstolen sannsynligvis ville kommet til et annet resultat i dag er den tidligere nevnte Oosthoek-avgjørelsen. Reguleringen i denne avgjørelsen påvirket ikke direkte importen, kom til anvendelse på alle berørte og var opprinnelsesnøytral. Av den grunn ville den sannsynligvis ha oppfylt vilkårene etter Keck-doktrinen, og ikke blitt ansett for å utgjøre noen handelshindring. Eksempler på saker der resultatet ville ha vært det samme, men Domstolens begrunnelse en annen finner vi i Blesgen- og Oebel-avgjørelsene. Domstolen fant i disse avgjørelsene at reguleringene ikke utgjorde handelshindringer, men begrunnet ikke klart hvorfor. I dag ville disse reglene klart falt innenfor ”bestemte former for salg”.

I senere avgjørelser der Keck-doktrinen brukes⁶², er det kommet inn et nytt vilkår i doktrinen. Vilkåret formuleres gjerne som at reguleringen ikke hadde til hensikt å regulere samhandelen. Man kan spørre seg hvilken betydning dette vilkåret har ettersom det må være få tilfeller der en regulering har til hensikt å regulere samhandelen, men rettslig og faktisk likestiller innenlandske og importerte varer.

3.4 Vurdering av Keck-avgjørelsen

Keck-avgjørelsen fremstår som en imøtegåelse av kritikken som oppstod på bakgrunn av EF-domstolens varierende praksis i etterkant av Dassonville-avgjørelsen. Man ønsket å etablere en fast regel. Videre ønsket man å skape et klart skille mellom de tiltak som falt innenfor art. 28 og dem som falt utenfor.

I etterkant av avgjørelsen er det gitt både innvendinger av formell og materiell karakter mot Keck-doktrinen. Med innvendinger av formell karakter forstås innvendinger som ikke går på avgjørelsens innhold, men på måten den er formulert. Disse kritikerne mener at dommen burde vært bedre begrunnet og gitt nærmere anvisninger for hvordan de nye vurderingskriteriene skulle anvendes. Noe av denne kritikken synes forståelig. Det ville ha vært hensiktsmessig dersom Domstolen i avgjørelsen hadde kommet med

⁶¹ Sak C-401 og C-402/92

en definisjon av uttrykket ”bestemte former for salg”. Det er liten tvil om at Keck-avgjørelsens formalistiske oppstilling bidro til usikkerhet, særlig like etter at dommen var avsagt.⁶³ Det var uklart hva som lå i uttrykket ”bestemte former for salg”. Det var videre uklart hva som menes med hindringer som oppstår på grunn av at medlemsstatenes lovgivning ikke er harmonisert i tilstrekkelig grad.

Keck-avgjørelsen lar det være åpent hva som menes med ”bestemte former for salg” og hvilke tidligere dommer EF-domstolen nå ønsket å fravike. Det var heller ikke åpenbart hvor langt kategorien hindringer som oppstår på grunn av manglende harmonisering av medlemsstatenes lovverk gikk. Dette er senere blitt kalt hindringer som oppstår på grunn av ulike krav til produktet. Noe av det som var uklart var hvorvidt det var meningen at de to kategoriene ”bestemte former for salg” og hindringer som oppstår på grunn av manglende harmonisering av medlemsstatenes lovverk til sammen skulle dekke alle reguleringer, slik at en regulering enten falt inn under den ene kategorien eller den andre. Mye tydet på at dette var tilfellet. Problemet da var å avgrense mellom de to kategoriene.

Det har vært hevdet i juridisk teori at Keck-doktrinen verken kan eller skal tolkes slik. Roth og Oliver har for eksempel hevdet⁶⁴ at andre reguleringer enn krav til produktet eller bestemte former for salg, for eksempel et fullstendig forbud mot distribusjon eller preseptorisk kontraktsrett, ikke kunstig bør tvinges inn i en av de to kategoriene, men bør analyseres ut fra deres effekt på markedsadgang.

Generaladvokaten i Volker Graf avgjørelsen⁶⁵ foreslår⁶⁶ at man reduserer Keck-doktrinen til dens grunnleggende elementer:

”Den formelle sontring mellem produktregler og salgsmåder er mindre vigtig end begrundelsen for at anlægge den, hvilket var at fastlægge de omstændigheder, hvorunder forskellige regler har samme uønskede virkninger, nemlig at påvirke

⁶² Blant annet DIP-avgjørelsen

⁶³ Om dette skriver Steindorf ”Unvollkommener Binnenmarkt”, ZHR 1994, Domstolen ønsker å oppnå klarhet ved å innføre en ny formalistisk oppstilling, men dette resulterer i virkeligheten i mer usikkerhet.

⁶⁴ Oliver og Roth s. 414

⁶⁵ Sak C-190/98

⁶⁶ Generaladvokatens forslag til avgjørelse avsnitt 18-20

adgangen til markedet. Domstolen isolerede således nationale bestemmelser om visse salgsmåder, såsom regler der forbød videresalg med tab, som lå til grund for den pågældende sag, for hvis sådanne regler blev anvendt uden forskel og påvirkede markedsføringen af samtlige produkter på samme måde, kunne de ikke, retligt og faktisk, ifølge Domstolens opfattelse hindre adgangen af indførte varer til markedet eller vanskeliggøre adgangen mere, end de gjorde for så vidt angår indenlandske varer (12). De nationale bestemmelser var følgelig ikke omfattet af kriteriet ifølge Dassonville-dommen, hvorefter traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF) finder anvendelse på samtlige nationale bestemmelser som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen mellem medlemsstaterne.”

Det viktige poenget for bruken av de fire friheter er, som generaladvokaten i Volker Graf, Oliver og Roth fremhever, at man på den ene siden oppretter en fri adgang til medlemsstatenes markeder ved å fjerne hindre som ikke kan rettfærdiggjøres og på den andre side opprettholder fri konkurranse på det nasjonale markedet.⁶⁷ Keck-doktrinen muliggjør dette poenget på to måter ettersom doktrinens regler om harmonisering av lovgivning gir produkter adgang til markedet, mens den lar medlemsstatene selv regulere hvorledes salget skal reguleres.

Skillet mellom regler som angår markedsadgang og regler som angår markedsadferd går ikke frem av avgjørelsens ordlyd. I utgangspunktet taler Keck-doktrinen utelukkende om ”bestemte former for salg” og hindringer som oppstår på grunn av at lovgivningene på bakgrunn av manglende harmonisering oppstiller forskjellige krav som produktet må oppfylle. Det nye med Keck-avgjørelsen er at man i visse tilfeller ikke lenger anser markedsadferd for å innvirke på samhandelen medlemsstatene imellom. Keck-avgjørelsen innebærer ikke noen endring av situasjonen når det gjelder markedsadgang. Den opprettholder den strenge vurderingen som legges til grunn i Dassonville-avgjørelsen for at bestemmelser som regulerer markedsadgang skal være tillatte, men åpner samtidig for at nasjonale myndigheter sørger for fri konkurranse på det nasjonale markedet.

⁶⁷ Oliver og Roth s. 414

De materielle innvendingene mot Keck-avgjørelsen går på at de kriteriene avgjørelsen gir uttrykk for i for stor grad vil tillate nasjonale ordninger som vil begrense samhandelen.⁶⁸ Med materielle innvendinger forstås her innvendinger mot avgjørelsens innhold.

Ikke all kritikk av Keck-doktrinen var negativ. Det har vært hevdet i juridisk teori at det tidligere var en tendens til at EF-domstolen var fristet til å bruke artikkel 28 som et verktøy til å oppnå et nivå av harmonisering som er langt over dennes formål, og at Keck-doktrinen bryter denne tendensen.⁶⁹ Videre er Keck-avgjørelsen gitt ros for dens grunnleggende tendens til å skjære vekk unødig innblanding i medlemsstatenes lovgivning i saker der det ikke dreier seg om adgang til det aktuelle markedet⁷⁰.

Dersom man skal vurdere Keck-avgjørelsen, må man se på hvordan situasjonen ville ha vært dersom dommen ikke var blitt avsagt. Dersom man fortsatt skulle ha arbeidet etter Dassonville-formelen ville Domstolen stadig være nødt til å fastslå at det forelå en handelshindring, for så å vurdere hvorvidt allmenne hensyn kunne begrunne denne.

Det er nå over 10 år siden avgjørelsen i Keck-saken falt. Like etter avgjørelsen var, som kjent, mange juridiske forfattere misfornøyd med avgjørelsen og fant den uklar. Siden den gang har antallet saker som vedrører bestemte former for salg avtatt sterkt. Det siste tiåret har det vært lite praksis rundt Keck-doktrinen. Generelt sett vil det at praksismengden på et område avtar gjerne være begrunnet i at rettsstilstanden på området er blitt avklart, i så tilfelle kan det virke som om Keck-doktrinen til tross for all kritikk har virket klargjørende på situasjonen.

⁶⁸ Se blant annet Schwintowski: Freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt, *RabelsZ* 2000 s. 38-59, Reich: The "November Revolution" of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited, *CMLRev* 1994 s. 459-492, , Weatherill: After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification, *CMLRev* 1996 s. 885-906 Roth hevder i sin domskommentar til Keck og Hünermund I *CMLRev* 1994 s. 845-855 at art. 28s fokus burde være på adgang til det nasjonale marked. Dens formål er å øke mellomstatelig varehandel, ikke å sikre fri varehandel i seg selv.

⁶⁹ Moore s. 201

⁷⁰ Roth: *CMLR* 1994 s. 845-855 Case Law (Keck and Hünermund)

3.5 Anvendelse av Keck-doktrinen utenfor vareområdet?

Keck-doktrinen har per i dag aldri vært anvendt utenfor vareområdet. Dette selv om EF-domstolen aldri har uttrykt at det vil være umulig å anvende doktrinen også utenfor vareområdet. Keck-doktrinen er en uttalelse som er svært spesifisert og kun angår reguleringer som angår salgsmåter. Hovedsaklig ligger begrunnelsen for at Keck-doktrinen foreløpig utelukkende er anvendt på vareområdet i at uttrykket ”bestemte former for salg” ikke er lett overførbart til andre områder.

I avgjørelsen i Alpine Investments⁷¹ som gjaldt fri flyt av finansielle tjenesteytelser, ble Keck-doktrinen påberopt av den nederlandske stat, men avvist av EF-domstolen selv om det i dette tilfellet forholdsvis klart dreide seg om ”bestemte former for salg”. Avgjørelsen gjaldt et forbud utstedt av det nederlandske finansdepartementet mot å ta telefonisk kontakt med private for å tilby dem visse finansielle tjenesteytelser, hvis den potensielle kunde ikke tidligere skriftlig hadde samtykket i dette.

Saken ble forelagt EF-domstolen til prejudisiell avgjørelse. EF-domstolen uttaler at:

”Ganske vist er et forbud som det i hovedsagen omhandlede generelt og ikke-diskriminerende og har hverken som formål eller virkning at give de indenlandske virksomheder en fordel frem for tjenesteydere fra andre medlemsstater. Ikke desto mindre er det som ovenfor påvist egnet til at hindre den frie udveksling af tjenesteydelser af grænseoverskridende karakter.

*Et sådant forbud kan ikke sidestilles med bestemmelser for former for salg, som etter Domstolens praksis efter Keck og Mithouard-avgjørelsen falder uden for anvendelsesområdet for artikel 30.”*⁷²

EF-domstolen kom etter dette til at det forelå en handelshindring. Denne ble deretter begrunnet i allmenne hensyn.

⁷¹ C-384/93 Alpine Investments

⁷² Dommens avsnitt 35 og 36

Man kan spørre seg hvorfor EF-domstolen her ikke anvendte Keck-doktrinen. Det kan synes som om den ikke fant at ordlyden passet fullt ut. EF-domstolen anvendte heller ikke Keck-doktrinen i den såkalte Bosman-avgjørelsen⁷³. Kanskje mener EF-domstolen at Keck-doktrinen i utgangspunktet er en lære som er utviklet for å gjelde spesifikt markedsadferd innen varehandelen selv om den som nevnt ovenfor aldri har uttrykt dette. Den uttrykte i Alpine Investments-avgjørelsen at den mente at bakgrunnen for at Keck-doktrinen ikke passet var at:

” Et forbud som det i den foreliggende sag omhandlede hidrører fra tjenesteyderens etableringsmedlemsstat og vedrører ikke blot tilbud rettet til modtagere etableret i denne stat, eller som indfinder sig dér for at modtage tjenesteydelsen, men tillige tilbud rettet til modtagere på en anden medlemsstats område. Forbuddet påvirker således direkte adgangen til at udføre tjenesteydelser i de andre medlemsstater. Det er derfor egnet til at hindre udvekslingen af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne.”

Det kan her synes som om EF-domstolen mente at reguleringen berørte ”markedsadgang” og ikke ”markedsadferd”. I så tilfelle er det i tråd med den læren som er gjort rede for overfor at Keck-doktrinen ikke ble anvendt i dette tilfellet, ettersom doktrinen ikke skal brukes når en regulering gjelder en vares adgang til markedet. Et interessant poeng med avgjørelsen i Alpine Investments er at det her er eksportstatens regler som rammes.

Domstolen kom ikke med noen prinsipiell uttalelse i Alpine Investments om at Keck-doktrinen ikke gjaldt utenfor vareområdet. Dens uttrykkelige redegjørelse for hvorfor Keck-doktrinen i disse tilfellene ikke kunne føre frem, tyder på at doktrinen i utgangspunktet må kunne anvendes utenfor vareområdet.⁷⁴

En annen sak på tjenesteområdet der Keck-doktrinen kunne ha vært anvendt, er Säger-avgjørelsen⁷⁵. Her uttalte EF-domstolen om kvantitative importrestriksjoner på fri flyt av tjenester at:

⁷³ Sak 415/93

⁷⁴ Bull s. 485

⁷⁵ Sak C-76/90

*”Traktatens artikel 59 ikke blot kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion - også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater - der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser”*⁷⁶

Säger-formuleringen innebærer en todelt prøvelse av en restriksjon for at den skal være tillatt. Den må for det første ikke forskjellsbehandle tjenesteyteren på grunn av dennes nasjonalitet. Videre vil enhver restriksjon som kan være til hinder for eller sjenere tjenesteyterens virksomhet, selv om denne er opprinnelsesnøytral, måtte oppheves. Formuleringer, liknende den i Säger-avgjørelsen, har vært anvendt i mange nyere avgjørelser⁷⁷. Et eksempel på en avgjørelse der formuleringen er anvendt er Gebhard-avgjørelsen. Domstolen uttalte der:

*”Det fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendig for at opnå formålet.”*⁷⁸

Det synes her som om Domstolen finner det selvsagt at det ikke skal forskjellsbehandles på bakgrunn av nasjonalitet, og konsentrerer seg om at det ikke skal foreligge restriksjoner på utøvelsen av de grunnleggende friheter.

Det har vært diskutert i juridisk litteratur hvorvidt formuleringen i Säger-avgjørelsen innebærer en strengere test enn Dassonville-formelen⁷⁹. Når man ser Keck-doktrinen på den måten som Oliver, Roth og Generaladvokaten i Volker Graf gjør, nemlig at man ikke skal presse andre reguleringer inn i de to kategoriene krav stilt til produktet og

⁷⁶ Dommens avsnitt 12

⁷⁷ Sak C-55/94, Gebhard, sak C-415/93 Bosman, sak C-439/99, Kommisjonen mot Italia, sak C-367/98, Kommisjonen mot Portugal

⁷⁸ Dommens avsnitt 37

⁷⁹ Steiner Woods s. 345

reguleringer av bestemte former for salg, men vurdere dem ut fra deres innvirkning på markedsadgangen, mener Roth og Oliver at formuleringen i Säger likner på Keck-doktrinen. Hvis man følger tankegangen deres, vil det ikke ha noen hensikt å overføre det formelle skillet som gjøres i Keck-avgjørelsen til området for fri flyt av tjenester, hvor det ikke passer. I stedet burde man erkjenne de grunnleggende likheter i de to lærene vedrørende begge friheter⁸⁰ Roth og Oliver hevder videre at disse lærene ikke bare gir anvendelige føringer i vare- og tjenestetilfeller, men at de også burde gi retningslinjer til den fremtidige domspraksis når det gjelder fri flyt av arbeidskraft, etablering og kapital.⁸¹

Et argument mot Säger- og Keck-liknende synspunkter om reguleringens innvirkning på markedsadgangen som det avgjørende kriteriet for hvorvidt det foreligger en handelshindring finnes i den tidligere nevnte Alpine-Investments avgjørelsen. Her avskriver Domstolen som nevnt en hver bruk av Keck-doktrinen selv i denne avledete form. Dette er et moment som taler mot at Säger- og Keck-avgjørelsene gir uttrykk for en lære som kan anvendes på tjenestområdet.

Det er uklart om Keck-doktrinen er anvendbar på området for fri flyt av arbeidskraft. Utgangspunktet er at Keck-doktrinen gjelder markedsadferd. Det er med andre ord reguleringer som bestemmer hvordan man skal oppføre seg når man allerede arbeider i et medlemsland som kunne tenkes å falle inn under unntaket i Keck-doktrinen, og ikke regler som oppstiller vilkår for å komme inn på markedet. Regler om lønn, arbeidstid osv. vil neppe anses som importrestriksjoner så lenge reglene rettslig og faktisk gjelder likt for innenlandske og utenlandske statsborgere. Særlig gjelder dette ettersom Domstolen under Keck-doktrinen for varer ikke lenger ser et problem ved regler om butikkens åpningstider. Spørsmålet er med andre ord ikke om Domstolen vil godta slike reguleringer, men om Domstolen vil begrunne dette i Keck-doktrinen eller om den heller vil begrunne det i adekvanslæren. Generaladvokaten i Volker Graf- avgjørelsen mente at

”analogien mellem de to områder sjældent er fuldstændig, og at navnlig ræsonnementet i Keck-dommen kun kan udvides til arbejdskraftens frie bevægelighed, hvis det

⁸⁰ Oliver og Roth: s. 414

begrænses til sine grundlæggende elementer og frigøres for de mere stive og formalistiske sondringer - mellem regler for produkter og visse salgsmåder - som er specifikke for varersproduktions- og distributionsproces. Personer er ikke varer, og en flytning til et andet land med henblik på at tage arbejde eller etablere sig samt forberedelsen heraf lader sig ikke let opdele i (masse-)produktionsfaser og salgsfaser. Endvidere er opdelingen mellem regler for produkter og salgsmåder ikke udtømmende for viften af mulige hindringer, selv inden for området for vareudveksling.”

Dette synspunktet har mye for seg, men spørsmålet er om Domstolen i så fall begrunner sitt standpunkt i Säger-formuleringen, adekvansprinsippet eller Keck-doktrinen.

Vurderingen av bruk av Keck på etableringsrett blir noe av den samme som vurderingen av hvorvidt Keck-doktrinen kan komme til anvendelse på fri bevegelighet for arbeidstakere. Spørsmålet er hva slags reguleringer som vil kunne sies å regulere markedsadferd. I utgangspunktet vil nok heller ikke regler om f.eks. minstelønn bli regnet som handelshindring. Spørsmålet er heller ikke her hvorvidt EF-domstolen vil godta reguleringer som må sies å regulere markedsadferd, men om den vil begrunne dette i Keck-doktrinen, Säger-formuleringen eller i adekvansprinsippet.

Også, når det gjelder fri flyt av kapital vil Keck-doktrinen kunne tenkes anvendt på reguleringer som angår markedsadferd. Her vil dette typisk være regler om gebyrer med mer. Så lenge gebyrene ilegges både innenlandske og utenlandske aktører og rettslig og faktisk rammer dem like hardt, vil EF-domstolen neppe karakterisere disse som handelshindringer. Spørsmålet blir imidlertid også her hvordan EF-domstolen vil begrunne unntaket fra hovedregelen.

Det er mulig at Domstolen mener at anvendelsesområdet til begrepet ”tiltak med tilsvarende virkning” ville blitt for snevret dersom man i alle tilfeller som kunne minne om markedsadferd og hvor reguleringen gjaldt likt for innenlandske transaksjoner og transaksjoner over landegrensene, skulle avskjære en hver drøftelse av hvorvidt reguleringen innebar innvirkning på samhandelen. Dette vil i så fall kunne forklare hvorfor Keck-doktrinen frem til i dag utelukkende er anvendt på vareområdet.

4 Adekvanslæren

4.1 Presentasjon av adekvanslæren

Med adekvanslæren forstår vi læren om at restriksjoner på handelslivet ikke anses som handelshindringer dersom deres innvirkning på samhandelen anses som for usikker og indirekte. Læren ble som nevnt ovenfor anvendt av EF-domstolen allerede før Keck-avgjørelsen for å innskrenke anvendelsen av Dassonville-formelen. Læren har ikke fått noe allment godtatt navn. I tråd med hva som er blitt vanlig ved UIO vil jeg bruke begrepene adekvanslæren eller adekvansprinsippet⁸². Begrepet adekvansprinsippet ble valgt av universitetet i Oslo ettersom prinsippet har likheter med erstatningsrettens adekvanslære. Generelt finnes det lite internasjonal litteratur om prinsippet. Dette kan bero på at læren gir uttrykk for en slags rimelighetsvurdering og at den dermed blir i vageste laget for mange kontinentaleuropeiske jurister. I Storbritannia kalles læren Principal of remoteness eller de minimis rule. (Denne de minimis rule må ikke forveksles med de minimis regler på andre rettsområder).

Ett av prejudikatene adekvanslæren bygger på er den tidligere nevnte Krantz avgjørelsen⁸³. Saken gikk mellom på den ene siden H. Krantz GmbH & co og på den andre siden Ontvanger der Directe Belastingen (skattemyndighetene i Nederland) og den nederlandske stat. Saken gjaldt et utlegg som skattemyndighetene i Nederland hadde gjort i maskiner som tilhørte H. Krantz GmbH. Maskinene var senere solgt på avbetaling med eiendomsforbehold til J.J. Krantz og Zoon NV og kjøperen hadde satt dem opp i en fabrikk som ble drevet av dennes datterselskap. Kjøper med datterselskap gikk så konkurs og skattemyndighetene tok utlegg i alle løsøre gjenstander som befant seg i fabrikk, til fortrengsel for eiendomsforbeholdet. H. Krantz GmbH gjorde gjeldende at skattemyndighetenes utleggshjemmel var i strid med formålet i EF avtalen og særlig i strid med art. 28, ettersom salg på avbetaling til kjøpere i Nederland, slik praksis var, ville finne sted i mye mindre omfang.

⁸³ Sak C-69/88

Domstolen uttalte at iht. Dassonville-formelen utgjorde et hvert tiltak som er egnet til direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt å hindre samhandelen innen fellesskapet, et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. Domstolen konstaterte videre at det var en mulighet for at personer som bodde i andre medlemsstater ville være mindre tilbøyelige til å selge varer på avbetaling til kjøpere i en annen medlemsstat, ettersom det var en risiko for at skattemyndighetene ville komme til å ta utlegg i varene hvis kjøperne ikke betalte sin nederlandske skattegjeld. Den fant imidlertid at denne omstendigheten var

*”alt for usikker og indirekte til, at en national retsforskrift, der giver adgang til at foretage et sådant udlæg, kan betragtes som en foranstaltning, der er egnet til at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne.”*⁸⁴

Det er et vilkår for at adekvanslæren skal komme til anvendelse at reguleringen av handelslivet ikke må ha til hensikt å regulere samhandelen. Det er imidlertid uklart hva som ligger i dette kravet. Det synes merkelig at noen regulering som kun har indirekte og usikker innvirkning på samhandelen skal ha til hensikt å regulere samhandelen.

En annen avgjørelse adekvanslæren bygger på er Motorradcenter⁸⁵. I denne avgjørelsen hadde fru Baskiciogullari mottatt en Yamaha motorsykkel fra CMC Motorradcenter, som var importert fra Frankrike. Ved kontraktsslutningen hadde ikke CMC Motorradcenter informert fru Baskiciogullari om at mange tyske forhandlere ville komme til å nekte å utføre garanti- og servicearbeider på parallellimporterte kjøretøy. Da fru Baskiciogullari ble kjent med denne praksis hos tyske forhandlere nektet hun å motta motorsykkelen. Spørsmålet for EF-domstolen gjaldt hvorvidt alminnelige kontraktsrettslige regler om opplysningsplikt kunne anses som importrestriksjoner. Selgeren mente at slike regler kunne medføre en reduksjon av salget av parallellimporterte motorsykler og dermed måtte anses som en importrestriksjon.

EF-domstolen avviste denne påstanden. Domstolen fant at traktatens art. 28 ikke var til hinder for en regel som påla en opplysningsplikt i forbindelse med inngåelse av avtaler.

⁸⁴ Dommens avsnitt 11

Domstolen viste dels til at opplysningsplikten var regulert av tysk kontraktsrett og ikke hadde som formål å regulere handelen mellom medlemsstater. Dels mente Domstolen at den eventuelle negative innvirkning på samhandelen skyldtes kontraktene og ikke opplysningsplikten. Domstolen fant at risikoen for at samhandelen mellom medlemsstatene ble hindret på ingen måte skyldtes opplysningsplikten, men det forhold at en del av de godkjente forhandlere av det aktuelle merket nektet å utføre ytelser som var omfattet av garantien på parallellimporterte motorsykler. På denne bakgrunn fant Domstolen at den restriktive virkning opplysningsplikten hadde på samhandelen var for usikker og indirekte til at den kunne sies å hindre denne. Det prejudisielle spørsmål ble til slutt besvart med at EF-traktatens art. 28 skal tolkes slik at den ikke er til hinder for en regel som er oppstilt i en medlemsstats rettspraksis og som pålegger en opplysningsplikt i forbindelse med inngåelsen av en avtale.

Som nevnt ovenfor oppstod adekvanslæren i den uklare perioden mellom Cassis de Dijon-avgjørelsen og Keck-avgjørelsen. Det interessante med avgjørelsen i Motorradcenter, er at avgjørelsen kom like i forkant av Keck-avgjørelsen. Man kan spørre seg hvorfor EF-domstolen fant at det var nødvendig med to forskjellige lærer for å løse det samme rettsspørsmålet.

I straffesaken mot Matteo Peralta⁸⁶ ble det fremholdt at italienske krav om at skip måtte installere dyrt renseanlegg fordyret importen av kjemiske produkter til Italia, og dermed hindret samhandelen. EF-domstolen anvendte adekvanslæren og fant at innvirkningen på samhandelen var altfor usikker og indirekte til at kravet om renseanlegg utgjorde noen handelshindring.

Linjen fra Krantz-, Motorradcenter-, og Peralta-avgjørelsen er blitt fulgt i en rekke senere avgjørelser slik at det nå gjelder som et prinsipp. I BASF avgjørelsen⁸⁷ ble det hevdet at tyske krav om oversettelse av patentskrift til tysk var en handelshindring. BASF hevdet at utgiftene til oversettelse av patentskrifter var store og at mange patenthavere derfor var nødt til å avstå fra å innlevere en oversettelse og tvinges til å gi avkall på patentbeskyttelsen i noen medlemsstater. I følge BASF medførte denne

⁸⁵ Sak C-93/92

⁸⁶ Sak C-379/92

⁸⁷ Sak C-44/98

begrensning en oppdeling av det indre marked, ettersom patentet var beskyttet i noen medlemsstater, mens det ikke var det i andre.

Medlemsstatenes regjeringer samt Kommisjonen hevdet på sin side at bestemmelsene som påla patentinnehavere å innlevere en oversettelse av patentskriftet for patentet i den aktuelle medlemsstat ikke var i strid med traktaten, ettersom de ikke utgjorde noe tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon etter art. 28.

EF-domstolen brukte i dette tilfellet adekvanslæren, og uttalte at de virkninger på samhandelen mellom medlemsstatene som en eventuell konkurranse på de markeder hvor det ikke var beskyttelse måtte ha, i første rekke var avhengig av de konkrete og uforutsigbare beslutningene som treffes av hver enkelt av de berørte handelsdrivende i lyset av de økonomiske betingelser på de forskjellige markeder. EF-domstolen slo videre fast at selv om oppdelingen av det indre marked, i noen områder der et produkt har patentbeskyttelse og noen områder der et produkt ikke har patentbeskyttelse kan ha restriktive virkninger for de frie varebevegelser, er disse virkningene alt for usikre og indirekte til å kunne anses som en importrestriksjon.

I avgjørelsen i ED⁸⁸ var saksforholdet at det italienske selskapet ED Srl (heretter ED) fremsatte begjæring for den italienske domstol om utstedelse av betalingspålegg ovenfor Italo Fenocchio, Berlin, Tyskland. Ettersom debitor bodde i Tyskland skulle betalingspålegget vært forkynt for ham der. Begjæringen var dermed i strid med artikkel 633 CPC som sier at betalingspålegg ikke kan utstedes hvis forkynnelsen for saksøkte skal finne sted utenfor Italia eller utenfor områder underlagt italiensk jurisdiksjon. Saksøker mente at denne praksis var i strid med forbudet mot ”tiltak med tilsvarende virkninger”, og saken ble overgitt EF-domstolen til prejudisiell prøvelse.

EF-domstolen bemerket at følgen av den siterte bestemmelse var at en næringsdrivende stiltes prosessuelt forskjellig ettersom han leverte varer til den aktuelle medlemsstats hjemmemarked eller eksporterte dem til andre medlemsstater. Domstolen var inneforstått med at det var mulig at personer som hører hjemme i den aktuelle medlemsstat som følge av dette ville være mindre tilbøyelige til å selge varer til kjøpere

⁸⁸ Sak C-412/97

i andre medlemsstater. Dette var imidlertid en alt for usikker og indirekte omstendighet til at den nasjonale rettsforskrift kunne betraktes som et tiltak som var egnet til å hindre samhandelen mellom medlemsstatene.

4.2 Vurdering av adekvanslæren

Disse avgjørelsene danner grunnlaget for adekvanslæren. Adekvanslærens utgangspunkt er, som nevnt, at det ikke foreligger noen importrestriksjon når den restriktive virkning på samhandelen er for usikker og indirekte til at den kan sies å hindre den. I de tilfeller der det foreligger for usikker og indirekte innvirkning på samhandelen, foreligger det ingen importrestriksjon. Dette innebærer at det ikke er nødvendig å gå inn på allmenne hensyn.

Det har vært hevdet i juridisk teori⁸⁹ at Domstolen i Jan van de Haar- og Prantl-avgjørelsene uttrykkelig avslo et forsøk på å innføre adekvansprinsippet i art. 20. Ettersom ordlyden i adekvansprinsippet er at reguleringene har for usikker og indirekte innvirkning på samhandelen til å kunne sies å utgjøre noen importrestriksjon, mens ordlyden i f.eks. Prantl-avgjørelsen er at

”det foreligger allerede en tilsidesættelse af forbudet mod foranstaltninger med tilsvarende virkninger som kvantitative restriksjoner, når de pågældende foranstaltninger er egnet til direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, at hindre samhandelen mellom medlemsstaterne”

kan man forstå bakgrunnen for at Gormley kunne komme med en slik tese. Det var tidlig på nittitallet det ble hevdet at det var tatt et bevisst standpunkt til at det ikke skulle innføres noe adekvansprinsipp på vareområdet. Det er i dag klart at adekvanslæren gjelder på vareområdet.

Det er ikke enkelt å avgrense adekvanslæren. Det som er klart, er at en ordning som direkte eller klart innvirker på samhandelen, som nevnt ovenfor vil rammes av Dassonville-formelen. Videre vil man på et eller annet tidspunkt nå en grense for hvor

⁸⁹ Gormley s. 869

usikker og indirekte en ordnings innvirkning på samhandelen kan være før den opphører å utgjøre en handelshindring. Det er ikke mulig å konkretisere adekvanslæren fullstendig. De aller fleste avgjørelser der adekvanslæren har vært anvendt er eksempler på markedsadferd. Det har vært hevdet i juridisk teori at Keck-doktrinen ikke ville ha vært anvendelig i BASF- avgjørelsen⁹⁰, som ble nevnt ovenfor. Dette vil i så fall være et eksempel på at adekvanslæren ble brukt på en regulering som gjaldt markedsadgang.

4.3 Bruk av adekvanslæren utenfor vareområdet

Adekvansprinsippet skiller seg fra Keck-doktrinen ved at ordlyden i prinsippet er mye mer generell. Ordlyden er dermed anvendelig på et videre felt enn Keck-doktrinen. I praksis er det åpnet for at adekvansprinsippet kan brukes utenfor vareområdet.

Adekvansprinsippet har vært brukt på området for fri bevegelighet for arbeidstakere. Saken Volker Graf mot Filzmoser Maschinenbau GmbH⁹¹ gjaldt virksomhetens avslag på å utbetale Volker Graf den fratredelsesgodtgjørelse som han hevdet å ha krav på etter § 23 i Angestelltengesetz da han sa opp et ansettelsesforhold. Bakgrunnen for at han ikke fikk utbetalt fratredelsesgodtgjørelsen var at han selv sa opp jobben. Volker Graf hevdet at en regulering som ikke utbetalte fratredelsesgodtgjørelse til folk som sa opp stillingen sin selv ville innebære at færre mennesker reiste til utlandet for å arbeide, og dermed være et hinder for den frie bevegelighet for arbeidstakere. Domstolen kom til at bestemmelser som den overnevnte ikke hindrer den frie flyt av arbeidstakere ettersom den eventuelle hindring først oppsto ved arbeidsforholdets opphør. En slik begivenhet var alt for usikker og indirekte til at bestemmelsene kunne antas å utgjøre en hindring av den frie bevegelighet for arbeidstakere.

Når det gjelder bruk av adekvansprinsippet på området for fri etablering er situasjonen den at dette ble anvendt i Semeraro Casa- avgjørelsen⁹².

I Italia gjaldt et forbud mot å ha butikker åpne på søndager. Noen butikkentre hadde likevel hatt butikker åpne og var på denne bakgrunn blitt ilagt sanksjoner. Saken for EF-

⁹⁰ Sejersted m.fl. s. 309

⁹¹ Sak C-190/98

⁹² Sak C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94 og C-24/94

domstolen gjaldt hvorvidt disse sanksjonene kunne sies å være i strid med EF art. 28 ettersom en vesentlig del av varene stammet fra andre medlemsstater

EF-domstolen anvendte Keck-doktrinen på de av de prejudisielle spørsmålene som hadde med fri flyt av varer å gjøre. I en av sakene var det imidlertid reist spørsmål om traktatens art. 52, og direktiv 64/223 om gjennomføring av etableringsfrihet og fri utveksling av tjenester var til hinder for nasjonale bestemmelser om åpningstider som dem som var omtvistet i hovedsaken.

Domstolen uttalte at når det gjaldt art. 52, omfattet lovgivningen alle næringsdrivende som drev virksomhet i landet, den hadde ikke til formål å fastsette de nærmere betingelser for de berørte virksomheters etablering og, endelig, at de begrensede virkninger den kunne ha for etableringsfriheten var alt for usikre og indirekte til at den forpliktelse som den inneholdt kunne antas å begrense den frie etableringsfrihet.

Etter dette kom Domstolen til at verken artikkel 52 eller direktiv 64/223 var til hinder for nasjonale bestemmelser om åpningstider som de som var omtvistet.

Domstolen anvendte her adekvansprinsippet for å slå fast at reglene ikke utgjorde noen handelshindring. Det er dermed slått fast at adekvansprinsippet er anvendelig på området for fri etablering.

Adekvansprinsippet er foreløpig ikke anvendt på området for fri flyt av kapital, men det er ingenting som tyder på at EF-domstolen ikke vil anvende prinsippet på dette området i fremtiden.

Når det gjelder hvorvidt adekvansprinsippet er anvendelig på området for fri flyt av tjenester er situasjonen den at EF-domstolen foreløpig heller ikke har anvendt prinsippet på dette området. Det er imidlertid vanskelig å se noe grunnlag for at EF-domstolen ikke skulle bruke prinsippet på tjenesteområdet så lenge det brukes på de andre områdene. I ED-avgjørelsen brukte EF-domstolen som nevnt ovenfor adekvansprinsippet og fant at reguleringens betydning for samhandelen var alt for usikker og indirekte til at den kunne sies å innvirke på den. Dersom vi tenker oss saksforholdet endret slik at det gjaldt betaling for tjeneste i stedet for betaling for vare er

det tilnærmet sikkert at EF-domstolen ville gjort bruk av adekvanslæren. På denne bakgrunn er det grunnlag for å si at EF-domstolen vil gjøre bruk av adekvanslæren i tilfeller som er tilsvarende som dem der læren brukes på varer.

5 Sammenlikning av de to prinsippene

Utgangspunktet for en sammenlikning av de to prinsippene er å fastslå at det foreligger to lærer som begge er utviklet av EF-domstolen for å hindre vid bruk av bestemmelsen ”tiltak med tilsvarende virkning”. Prinsippene er to av tre alternative måter å avvise at det foreligger en handelshindring på.

Bakgrunnen for at det er et behov for en sammenlikning av de to lærene er at det er et behov for en avgrensning av hver av dem for å komme frem til i hvilke tilfeller hver av dem benyttes. Det som i utgangspunktet skiller prinsippene er at adekvansprinsippet kommer til anvendelse både på markedsadferd og markedsadgang, mens Keck-doktrinen utelukkende kommer til anvendelse på markedsadferd. Med andre ord vil adekvansprinsippet potensielt kunne komme til anvendelse på enhver regulering av næringslivet, mens Keck-doktrinen kun vil kunne komme til anvendelse på reguleringer som angår ”bestemte former for salg”. Hva som ligger i begrepet ”bestemte former for salg” er beskrevet ovenfor. Adekvansprinsippet legger opp til en vurdering av reguleringens innvirkning på samhandelen i det det må vurderes hvorvidt reguleringen har for usikker og indirekte innvirkning på samhandelen til å kunne kalles en handelshindring, etter Keck-doktrinen vil enhver regulering som angår markedsadferd være unntatt fra handelshindringsbegrepet.

Krantz avgjørelsen kom allerede ca. seks år før Keck-avgjørelsen, mens avgjørelsen i Motorradcenteravgjørelsen kom bare uker før. I etterkant av Keck-avgjørelsen ventet mange at Domstolen ikke kom til å anvende adekvanslæren og heller fortsette å utvikle Keck-doktrinen. Praksis fra etter Keck-avgjørelsen har vist at Domstolen gjør bruk av adekvansprinsippet også i etterkant av denne. Det er derfor klart at de to prinsippene eksisterer ved siden av hverandre.

Det kan virke som om EF-domstolen kun gjør bruk av Keck-doktrinen i de tilfeller der den foreliggende saken greit passer inn i kategoriene som Keck oppstiller og at den

ellers gjør bruk av adekvanslæren. Man kan spørre seg hvorvidt en slik oppdeling av rettsbilde er fornuftig og hvorvidt den virker klargjørende.

Et sentralt spørsmål er hvorvidt det virkelig eksisterer to atskilte lærer eller om man kan se Keck-doktrinen nærmest som en underkategori under det generelle adekvansprinsippet. For å få svar på dette spørsmålet er det nødvendig å se på om det finnes tilfeller der adekvansprinsippet er anvendelig mens Keck-doktrinen ikke er det og omvendt.

For at Keck-doktrinen skal kunne sees som en underkategori av det generelle adekvansprinsippet, må adekvansprinsippet kunne anvendes i alle tilfeller der Keck-doktrinen er anvendelig, mens det må finnes minst ett tilfelle der adekvansprinsippet er anvendelig, men hvor Keck ikke er det.

Et eksempel på en avgjørelse der adekvansprinsippet kom til anvendelse mens Keck-doktrinen ikke var anvendelig, finner vi i den såkalte BASF avgjørelsen. EF-domstolen kom som nevnt ovenfor i denne avgjørelsen til at tyske krav om oversettelse av patentskrift til tysk ikke utgjorde noen handelshindring etter art. 28 ettersom adekvanslæren kom til anvendelse. Det har vært hevdet i juridisk teori at denne type bestemmelser kan ikke kalles regulering av ”bestemte former for salg”⁹³. Keck-doktrinen ville i så fall ikke vært anvendbar. Denne avgjørelsen kan med andre ord tyde på at adekvansprinsippet i noen tilfeller vil ha et videre anvendelsesområde enn Keck-doktrinen.

I DIP-avgjørelsen⁹⁴ var forholdet at en kommunal reguleringsplan hindret at det ble bygget nye butikker. Generaladvokaten hadde foreslått en bruk av Keck-doktrinen. Domstolen valgte imidlertid å gjøre bruk av adekvansprinsippet uten å begrunne valget. Deretter fant den at reguleringen ikke hadde til hensikt å regulere samhandelen, og at innvirkningen på samhandelen var for usikker og indirekte.

Det synes her naturlig å klargjøre hva årsaken kan være til at EF-domstolen her valgte å anvende adekvansprinsippet i stedet for Keck-doktrinen. I utgangspunktet legger læren

⁹³ Se Sejersted m.fl. s. 309

som er oppstilt i etterkant av Keck-doktrinen opp til et skille mellom markedsadgang og markedsadferd. I det foreliggende tilfellet dreier det seg om åpning av butikker. Det er mulig at EF-domstolen vanskelig kunne se bort fra at dette ville være en regulering som dreide seg om markedsadgang og som dermed falt utenfor unntaket oppstilt i Keck-doktrinen. I så fall er dette nok et eksempel på en avgjørelse der adekvansprinsippet kom til anvendelse mens Keck-doktrinen ikke var anvendelig.

Ved første øyekast skulle man anta at søndagslukking av butikker er et eksempel på en regulering som gjelder en salgsmåte og således faller inn under Keck-doktrinen anvendelsesområde uten å falle inn under adekvanslærens anvendelsesområde ettersom innvirkningen på samhandelen verken vil være usikker eller indirekte. Søndagslukking av butikker vil imidlertid ikke ha noen innvirkning på markedsadgangen til varer, men kun ha innvirkning på det totale omsetningsvolum av varen. Innvirkningen på samhandelen vil derfor være usikker og indirekte, man er dermed innenfor adekvanslærens anvendelsesområde.

I *Semeraro Casa*-avgjørelsen spurte den nasjonale dommer om en regulering som innebar at detaljforretninger måtte holde stengt på søndager var i strid med art. 28. Han understreket at det vanligvis selges flere varer som er importert fra EF-land fra supermarkeder enn fra mindre og mellomstore butikker. Videre uttrykte han at denne omsetning ikke kunne utliknes ved kjøp som kundene foretok på andre dager ettersom disse kjøp ble foretatt i forretninger som hovedsakelig forsynte seg hos innenlandske produsenter.⁹⁵ Med andre ord uttrykte den nasjonale dommer her at den nasjonale regulering var egnet til å innvirke på samhandelen. Dersom en regulering er egnet til å innvirke på samhandelen vil adekvansprinsippet ikke kunne komme til anvendelse. Likevel valgte i dette tilfellet EF-domstolen ikke å drøfte hvorvidt adekvansprinsippet kunne komme til anvendelse. Keck-doktrinen var som nevnt ovenfor anvendt i dette tilfellet. Det er mulig denne saken kunne vært et eksempel på at Keck-doktrinen kom til anvendelse, mens adekvansprinsippet ikke var anvendbart, men ettersom EF-domstolen valgte å overse dette poenget forblir dette uklart. Det forblir dermed også uklart hvorvidt Keck-doktrinen er en underkategori av adekvansprinsippet.

⁹⁴ Forente saker C-140/94, C-141/94 og C-142/94

I enkelte tilfeller der en regel gjelder ”bestemte former for salg”, vil den faktisk eller rettslig forskjellsbehandle mellom innenlandske og importerte produkter. I disse tilfellene vil det etter Keck-doktrinen sett i sammenheng med Dassonville-formelen fortsatt foreligge en handelshindring. Et spørsmål som har vært, og tildels også er, uklart er hvorvidt domstolene i et slikt tilfelle kan behandle saken ut fra adekvanslæren. Dette spørsmålet kom opp i TK-Heimdienst SASS, der saken var reist av Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb mot TK-Heimdienst SASS GmbH angående sistnevntes virksomhet. Saken gjaldt en bestemmelse i GewO § 53 a som sa at dørsalg kun kunne skje i et gitt forvaltningsområde av næringsdrivende som også drev næring fra et fast forretningssted, enten i forvaltningsområdet eller i en tilgrensende kommune. Utelukkende de varer som også ble tilbudt til salg fra det faste forretningsstedet kunne tilbys til dørsalg. En person som overtrådte bestemmelsene i GewO § 53 a for å oppnå en fordel i konkurransen fremfor sine lovlidige konkurrenter ble i østerriksk rettspraksis oppfattet som å ha opptrådt illojalt.

Domstolen anvendte i dette tilfellet Keck-doktrinen, og fant at reguleringen ikke påvirket omsetningen av innenlandsk fremstilte varer og varer fra andre medlemsstater på samme måte. Det forelå derfor en handelshindring.

Adekvansprinsippet var også påberopt i avgjørelsen, om dette sier Domstolen:

” En sådan bestemmelses begrænsende virkninger kan ikke - i modsætning til, hvad Schutzverband har gjort gældende - betragtes som for uberegnelige og for indirekte til, at den forpligtelse, den fastsætter, kan anses for at være egnet til at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne. Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at fastslå, at varer fra de andre medlemsstater aldrig kan udbydes til salg ved omførsel i et forvaltningsområde, som f.eks. et østrigsk Verwaltungsbezirk, der ligger i et område, som ikke er et grænseområde.”

Domstolen kom til at bestemmelsens virkninger på samhandelen verken var indirekte eller uberegnelige. Det at denne bestemmelsen verken kunne tillates etter Keck-doktrinen eller etter adekvanslæren bygger opp rundt tesen om at Keck-doktrinen er en

⁹⁵ Dommens avsnitt 6

underkategori under det mer generelle adekvansprinsippet i den forstand at en ordning som ikke kan "frikjennes" etter Keck-doktrinen, heller ikke kan "frikjennes" etter adekvanslæren. Dersom adekvanslæren ikke skal brukes i tilfeller der en regulering angår "bestemte former for salg" kan man spørre seg hvilken betydning adekvanslæren har på vareområdet. Adekvanslæren vil, i den grad den kommer til anvendelse på markedsadgang, være den eneste innskrenkning av handelshindringsbegrepet på dette området. Når det gjelder området for markedsadferd synes det som om Keck-doktrinen vil brukes i de tilfellene der reguleringen forholdsvis greit passer inn i kategorien regulering av "bestemte former for salg". Adekvanslæren vil også kunne anvendes på saksforhold der det ikke klart lar seg avgjøre om en regel angår markedsadgang eller markedsadferd.

6 Oppsummering

EF art. 28 og Dassonville-avgjørelsen hadde gitt uttrykket ”tiltak med tilsvarende virkning” en svært utvidet tolkning slik at ethvert tiltak som direkte, indirekte, hypotetisk eller potensielt hindrer samhandelen utgjorde en handelshindring. Dette ble problematisk i forhold til medlemslandenes lovgivningsmyndighet, ettersom det syntes som om EF-retten grep inn på stadig flere områder av handelslivet. Medlemslandene i EU har gitt EU-organene lovgivningskompetanse på konkrete områder, men de har ellers beholdt sin suverenitet. Prinsippet om at EF-organene kun har kompetanse til å gi regler der de uttrykkelig er gitt hjemmel til det i EF-traktaten eller EU-traktaten kalles prinsippet om organenes avgrensede kompetanse. Når EF-domstolen stadig tolker bestemmelser gitt i disse traktatene i mer utvidende retning innebærer det at den utvider sin kompetanse.

Dette er bakgrunnen for at det var behov for en innskrenkning av formuleringen i Dassonville-avgjørelsen. Denne innskrenkningen kom med Keck-doktrinen og adekvanslæren. Keck-doktrinen innebærer at reguleringer som angår markedsadferd og som gjelder likt for innenlandske og utenlandske næringsdrivende og som rettslig og faktisk påvirker disse på samme måte ikke skal bli ansett som handelshindring. Adekvansprinsippet innebærer at reguleringer som virker inn på samhandelen i liten grad likevel ikke skal bli regnet som handelshindringer. Begge prinsippene anvendes på vareområdet i dag, mens adekvansprinsippet er det eneste prinsippet som anvendes utenfor vareområdet.

Anvendelsesområdet til artikkel 28 i dag er langt smalere og mer i tråd med artikkelens ordlyd enn forut for Keck-doktrinen og adekvansprinsippet. Dette innebærer at det ikke lenger er noen konflikt mellom EF-domstolens praksis og prinsippet om organenes avgrensede kompetanse.

7 Litteraturliste

Bull, Det indre marked for tjenester og kapital, Oslo, 2002

Gormley: Two years after Keck, Fodham international Law Journal s. 866-886

Jervell: Stephan L. Jervell, Festskrift til Lassen, Oslo, 1997

Moore: Revisiting the limits of Article 30 EEC; European Law Review 1994 s. 195

Oliver og Roth: The internal market and the four freedoms, CMLRev 2004 s. 407-441

Sejerstad m. fl.: Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad EØS-Rett 2. utgave, Oslo, 2003

Steiner: Drawing the line: Uses and abuses of Article 30, CMLR s. 749-774

Steiner, Woods and Twigg-Flesner: Textbook on EC Law, New York, 2003

Streinz: Rudolf Streinz: Europarecht, Ulm, 2003

Sørensen og Nielsen: Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen EU-retten 1, København, 1999

White: In Search of the Limits to Article 30 of the EEC treaty, CMLRev 1989 s. 235-280

Foredrag:

Handledning för artiklarna 28-30 i EG Fördraget: Begrepp och praktisk tillämpning.

Ukjent forfatter

8 Domsregister

EF-domstolen

Sak 2/73, sml. 1973 s. 865, GEDDO/ Nazionale Risi

Sak 8/74, sml. 1974 s. 837, Procureur du Roi mot Dassonville

Sak 65/75, sml. 1976 s. 291, Tasca

Sak 82/77, sml. 1978 s. 25, van Tiggele

Sak 120/78, sml. 1979 s. 649, Rewe-Zentral mot Bundesmonopolverwaltung für
Branntwein (Cassis de Dijon)

Sak 155/80, sml. 1981 s. 1993, Oebel

Sak 75/81, sml. 1982 s. 1211, Blesgen mot Belgia

Sak 249/81, sml. 1982 s. 4005, Kommisjonen mot Irland (Buy Irish)

Sak 261/81, sml. 1982 s. 3961, Walter Rau Lebensmittel mot De Smedt PVBA

Sak 286/81, sml. 1982 s. 4575, straffesak mot Oosthoek's Uitgeversmaatschappij B.V.

Sakene 177/82 og 178/82, sml 1984 s. 1797, Jan Van der Haar

Sak 16/83, sml. 1984 s. 1299, straffesak mot Karl Prantl

Sak 69/88, sml. 1990 s. 583, H. Krantz GmbH & Co. mot Ontvanger der Directe
Belastigen og den nederlandske stat

Sak 145/88, Torfaen Borough Council v B & Q

Sak 362/88, sml. 1990 s. 667, GB-INNO-BM mot Confédération du commerce
luxembourgeois

Sak 23/89, sml. 1990 s. 3059, Quitlynn m. fl. mot Southend Borough Council

Sak 241/89, sml. 1990 s. 4695, Sarpp

Sak 312/89, sml. 1991 s. 997, Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne mot
Conforama m. fl.

Sak 332/89, sml. 1997 s. 1021, Straffesak mot Marchandise m.fl.

Sak 2/90, sml. 1992 s. 4431, Kommisjonen mot Belgia

Sak 76/90, sml. 1991 s.4221, Säger mot Dennemeyer

Sak 126/91, sml. 1993 s. 2361, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e. V.n
mot Yves Rocher

Forente saker: Sak 267/91 og C-268/91, sml. 1993 s. 6097, straffesaker mot Keck og Mithouard

Sak 93/92, sml. 1993 s. I-5009, CMC Motorradcenter mot Pelin Baskiciogullari

Sak 292/92, sml. 1993 s. 6787, Hünermund

Sak 315/92, sml. 1994 s. 317, Clinique

Sak 379/92, sml. 1994 s. 3453 Straffesak mot Matteo Peralta

Sak 391/92, sml. 1995 s. 1621, Kommisjonen mot Hellas (Morsmelkerstatning)

Forente saker: Sak 401 og 402/92, sml. 1994 s. 2199, straffesaker mot Tankstation`T Heuske VOF og J. B. E. Boermans

Forente saker: Sak 69/93 og 258/93, sml. 1994 s. 2355, Punto Casa mot Sindaco del Comune di Capena Comune di Capena og PPV mot Sindeca del Comune di Torri di Quartesolo og Comune di Torri Di Quartesolo

Sak 384/93, sml. 1995 s. 1142, Alpine Investments mot Minister van Financiën

Sak 412/93, sml. 1995 s. 179, Leclerc-Siplec mot TF1 og M6

Sak 415/93, sml. 1995 s. 4921, Bosman

Sak 418/93, sml. 1996 s. 2975, Semeraro Casa

Sak 470/ 93, sml. 1995 s. 1923 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe in Köln mot Mars GmbH

Sak 55/94, sml 1995 s. 4165, Gebhard

Sak 63/94, sml. 1995 s. 2467, Belgaprom

Sak 134/94, sml. 1995 s. 4223, Eso Española mot Comunidad Autónoma de Canarias

Forente saker: Sak 140/94, 141/94 og 142/94, sml. 1995 s. 3257, DIP m. fl. mot Comune di Bassano del Grappa og Comune di Chioggia

Forente saker: Sak 34/95, 35/95 og 36/95, sml. 1997 s. 3843, KO mot De Agostini

Sak 369 og 376/96, sml. 1999 s. 8453, Arblade

Sak 412/97, sml 1999 s. 3845, ED mot Italio Fenocchio

Sak 44/98, sml. 1999, s. I-6269, BASF AG mot Präsident des Deutschen Patentamts

Sak 58/98, sml. 2000 s. 7919, Corsten

Sak 190/98, sml. 2000 s. 493, Volker Graf mot Filzmoser Maschinenbau GmbH

Sak 367/98, sml. 2002 s. 4731, Kommisjonen mot Portugal

Sak 405/98, sml. 2001 s. 1795, Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products AB

Sak 439/99, sml 2002 s. 305, Kommisjonen mot Italia

Sak 322/01, sml. 2003 s.0, Deutscher Apothekerverband

Sak 478/01, sml. 2003 s. 2351, Kommisjonen mot Luxembourg

EFTA-domstolen

REC 1997 s. 30, sak 5/96, sak 5/96, Ullensaker kommune m. fl. mot Nille

REC 1999 s. 51, sak 5/98, Fågtun

Sak 4/04, Pedicel AS mot Sosial- og helsedirektoratet